

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN «LLAVE EN MANO»

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

Recibido: 28.01.2014 / Aceptado: 04.02.2014

Resumen: Junto a la compraventa y el transporte, la construcción constituye una de las operaciones más importantes sobre las que se sustenta el comercio internacional. Este trabajo tiene por objeto analizar una categoría concreta de contratos: los contratos internacionales de construcción «llave en mano», cuyo uso se ha extendido en los últimos años. Se tratará por tanto de ofrecer una visión general de los mismos, teniendo en cuenta que esta modalidad contractual ha ido forjándose en el comercio internacional a través de los usos y prácticas de los agentes implicados en este sector, principalmente asociaciones de profesionales. Desde esta perspectiva, se prestará especial atención a cuestiones tan esenciales como: el concepto, las características, la naturaleza jurídica, el contenido del contrato, así como la resolución de conflictos y la determinación del Derecho aplicable.

Palabras clave: contratos internacionales de construcción, «llave en mano», comercio internacional, FIDIC, obligaciones del cliente, obligaciones del contratista, ingeniero, proyecto, BOT, garantías contractuales, modificaciones del contrato, *hardship*, fuerza mayor, ADR, arbitraje, ley aplicable.

Abstract: With sale and transport, construction is one of the most important operations on which international trade is based. This work aims to analyze a particular category of contracts «turn-key» international construction contracts, whose use has spread in recent years. It will intend to provide an overview of them, considering that this type of contract has been forged in international trade through the customs and practices of those involved in this sector, mainly professional associations. From this point of view, it will be focus on such essential matters as: the concept, the characteristics, the legal nature, the content, the resolution of disputes and the determination of the applicable law.

Key words: international construction contracts, «turnkey», international trade, FIDIC, employer's duties, contractor's duties, engineer, design, BOT, guarantees, variations, hardship, force majeure, ADR, arbitration, applicable law.

Sumario: I. Introducción. 1. Consideraciones generales. 2. Origen y evolución de los contratos «llave en mano» en el comercio internacional. 3. La estandarización de los contratos de construcción en el ámbito internacional. A) El papel desempeñado por las organizaciones internacionales. B) La labor desempeñada por las asociaciones de profesionales. a) Las condiciones generales FIDIC. b) El contrato tipo ENAA. II. Concepto, características y naturaleza jurídica de los contratos internacionales de construcción «llave en mano». 1. Delimitación conceptual. A) Definición de los contratos «llave en mano». B) Clasificación de los contratos «llave en mano». a) Contratos «llave en mano» *mixtos*, contratos «llave en mano» *parciales* y contratos *semi-llave en mano* C) Distinción de figuras afines. a) El contrato tradicional o «design then bid». b) El proceso acelerado de construcción o «*fast track construction*». c) *Project Management* d) Los contratos «design & build», «producto en mano» y «mercado en mano». e) La cláusula «llave en mano». f) Los Proyectos BOT. g) Los contratos de «*engineering*». 2. Características. A) Características de los contratos internacionales de construcción en general. B) Características específicas de los contratos «llave en mano». 3. Naturaleza jurídica. A) Teoría de la calificación múltiple. B) Teoría de la calificación global. C) Teoría de

la calificación autónoma. III. Contenido de los contratos internacionales de construcción «llave en mano». 1. Obligaciones de las partes. A) Fase de preparación del contrato. B) Fase de ejecución del contrato. a) Obligaciones del cliente. b) Obligaciones del contratista. C) Sistema de garantías. a) La garantía de buena ejecución. b) La garantía de reembolso o restitución a cuenta. 2. Incidentes en la ejecución del contrato. A) Las «*variations clauses*». B) Las cláusulas de *hardship*. C) Las cláusulas de fuerza mayor. 3. Recepción de las obras. IV. Resolución de conflictos. 1. Consideraciones generales. 2. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos y contratos internacionales de construcción. A) El *Partnerign*. B) La mediación. C) Los «*mini-trials*». D) El peritaje técnico internacional. E) Los DRB (*Dispute Review Boards*). V. Determinación del Derecho aplicable al contrato. 1. Consideraciones generales. 2. Derecho desigando por la voluntad de las partes. 3. Determinación del Derecho aplicable en ausencia de designación por las partes. A) Localización objetiva del contrato. Dos posibles puntos de conexión. a) La *lex rei sitae* o ley del lugar donde esta situado el inmueble. b) La ley del lugar de residencia o sede del contratista. B) Solución ofrecida por el Reglamento Roma I.

I. Introducción

1. Consideraciones generales

1. El sector de la construcción ha sido objeto, en las últimas décadas, de una transformación sin precedentes que se ha visto especialmente potenciada por la combinación de diversos factores, tales como: los periodos de recesión económica, la inevitable interdependencia de las economías nacionales, propia de la *Globalización*, e incluso, el proceso de independencia política y económica de los países en vías de desarrollo. En cualquier caso, esta operación que tradicionalmente sólo se concebía en términos estrictamente nacionales, ha llegado a convertirse, a día de hoy, en una de las transacciones más importantes del comercio internacional¹.

2. La evolución y transformación experimentada en el ámbito de la construcción no ha contado, sin embargo, con el respaldo doctrinal ni legal que el fenómeno merece. De nuevo, como ya viniese sucediendo en otros sectores del tráfico mercantil internacional, también en éste, han sido los propios particulares, especialmente a través de las asociaciones de profesionales y otras organizaciones internacionales, los que haciendo uso de su poder autonormativo han ofrecido, mediante la elaboración de contratos-tipo y condiciones generales, una regulación más acorde con sus propias necesidades y con las nuevas y peculiares características de los proyectos internacionales de construcción².

¹ Vid. C. MURRAY/D. HOLLOWAY/D. TIMSON-HUNT (eds), *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, 11 th ed., 2007, London, pp. 1 y 2, pp. 596-624.

² Sobre los contratos internacionales de construcción, en general, vid.: K.-H. BÖCKSTIEGEL (ed.), *Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagebau*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1984; *id.*, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagebau (II). Neue Entwicklungen in Recht und Praxis*, Kön/Berlin/Bonn/München, 1995; A. BRABANT, *Le contrat international de construction*, Buxelles, 1981; *id.*, *Les marchés publics et privés dans la CCE et outre-mer*, Bruxelles, 1996; U. DRAETTA/C. VACCÀ, *Il contratto internazionale d'appalto*, Milano, 1992; M. DUBISSON, *La négociation des marchés internationaux*, Paris, 1982; I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract*, London, 1986; PH. FOUCHARD, «La responsabilité des constructeurs dans les relations internationales», en *La responsabilité des constructeurs, Journées égyptiennes de la Association Henri Capitant*, Paris, 1991, pp. 293 y ss.; P. GAUCH/J. SWEET, *Selected Problems of Construction Law: International Approach*, London, 1983; P. Glavlnis, *Le contrat international de construction*, Paris, 1992 ; W. GODWIN, *International Construction Contracts: A Handbook*, West Sussex, 2013; E. HERZFELD/R. HADLEY, *Contracting and Subcontracting for Overseas Projects*, London/Dordrecht/Boston, 1988; M. E. KLECKNER, «L'appalto internazionale», en G. ALPA/M. BESSONE (dirs.), *Contratti in generale, I contratti atipici*, t. II, Torino, 1991, pp. 921 y ss.; R. KNUTSON, *FIDIC: An Analysis of International Construction Contracts*, The Hague, 2005; M. KURKELA, *On International Construction and Project Export Contracts*, Helsinki, 1982; M. J. LADINO, «Vital issues in International Construction Contracting», *ICLR*, 1986, pp. 398 y ss.; P. MANKOWSKY, *Der Bauvertrag im internationalen Rechtsverkehr. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des IPR*, Frankfurt am Main, 1997; H. MICHAELIS DE VASCONCELLOS, «Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?», *RIW*, 1997, pp. 455 y ss.; A.M. ODAMS (ed.), *Comparative Studies in Construction Law: The Sweet Lectures*, London, 1995; R. A. SHADBOLT y otros, *International Construction Contract*, London, 1991; M. E. SCHNEIDER, «International Construction Contracts», *DPCI*, 1983, pp. 277 y ss., pp. 429 y ss., pp. 649 y ss.; M. STOKES, *International Construction Contracts*, 2ª ed., New York, 1980; C. VACCÀ /A. FRIGNANI, «Appalto internazionale», en A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, 2ª ed., 1991, Torino, pp. 331 y ss.

3. En el mercado de la construcción de grandes proyectos internacionales, el método clásico de ejecución de obras basado en: a) una relación tripartita, -cliente-ingeniero/arquitecto-constructor-; b) un proyecto de obra suministrado por el cliente; y c) un precio a unidad de medida, ha sido desplazado en el ámbito internacional por el denominado método «llave en mano», «Turnkey» o EPC (*Engineering, Procurement and Construction*). Aunque los términos para designar a este último tipo de proyectos, difiere sobremanera en la práctica negocial, en todos ellos se encuentran los siguientes rasgos comunes: a) se establece una única relación entre cliente-contratista; b) este último, junto a sus funciones tradicionales, asume la concepción del proyecto; y c) se fija un precio a tanto alzado (*Lump-Sum Price*)³.

4. El desplazamiento del método tradicional, especialmente en el sector de la construcción de plantas industriales, hacia el método «llave en mano» se ha debido fundamentalmente a las ventajas que de este último se derivan, entre ellas: a) el abaratamiento de los costes y la rapidez en la ejecución de la obra, pues al ser el contratista quien elabora a su vez el proyecto tiene mejor acceso a los problemas que puedan surgir durante la construcción del mismo; b) la simplificación de las relaciones jurídicas y, consecuentemente, una mayor facilidad para determinar la responsabilidad en caso de incumplimiento; y c) finalmente, una mayor seguridad y certeza respecto a la determinación del precio, que generalmente será un precio a tanto alzado.

5. Pero, tradicionalmente el método «llave en mano» también ha recibido severas críticas: a) impide al cliente llevar a cabo cualquier modificación del proyecto; y b) el contratista repercute siempre los considerables riesgos que asume en el precio, por tanto, no resulta más barato para el cliente⁴. Estos inconvenientes, sin embargo, han sido tenidos en cuenta por los propios agentes comerciales implicados en este sector y, en cierta medida, han sido superados intentando buscar siempre un justo equilibrio del riesgo asumido por ambas partes contratantes, tal y como reflejan los contratos-tipo más recientes.

6. Otro factor que ha contribuido notablemente a la expansión del método «llave en mano» en el comercio internacional ha sido la creciente participación privada -bancos comerciales, en especial Bancos Multilaterales para el Desarrollo o MDB (*Multilateral Development Banks*) como el Banco Mundial, Banco Europeo de Inversiones, etc...-, en la financiación de grandes obras, en particular de infraestructuras. En este tipo de proyectos, principalmente BOT (*Build, Operate and Transfer*), dadas sus especiales características, se requiere una total asunción del riesgo por parte del constructor no sólo en la concepción, ejecución y puesta en marcha de la obra sino también en la explotación de la misma. En ellos, el método «llave en mano» encuentra su máximo exponente.

7. Con este telón de fondo, cabe afirmar que: 1ª) aunque en el sector de la construcción existen diversos métodos de ejecución de proyectos, en el ámbito internacional se ha impuesto en los últimos años, el método «llave en mano»; 2ª) la propia práctica negocial, recogida en los contratos-tipo y condiciones generales de la contratación se ha encargado de diseñar distintos tipos de contratos de construcción «llave en mano», intentando establecer una distribución del riesgo equilibrada entre ambas partes contratantes, en función de las características del proyecto. Consecuentemente, este trabajo se centrará en el análisis de los denominados contratos internacionales de construcción «llave en mano», tal y como han quedado configurados en la *praxis* del comercio internacional.

8. Desde el punto de vista jurídico, los contratos «llave en mano» pueden considerarse una fuente inagotable de problemas que interesan, especialmente, al Derecho mercantil internacional por lo que respecta a su régimen jurídico, y al Derecho internacional privado en lo que concierne a la determinación del Derecho aplicable al contrato y a la resolución de litigios. No obstante, el hecho de que no exista una definición universalmente aceptada de los mismos, la confusión jurídica que desde sus orígenes les ha venido rodeando así como la escasa atención que hasta el momento han despertado en

³ Vid. R. F. CUSMAN/M.C. LOULAKIS, *Design-Build Contracting Handbook*, New York, 2001; J. A. HUSE, *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, 2ª ed., London, 2002.

⁴ Vid. I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, pp. 407-411.

la doctrina son, entre otros, algunos de los factores que dificultan, pero a su vez justifican, cualquier intento de aproximación jurídica. De ahí que en las páginas que siguen, se intenten analizar si no todas -porque cualquier afán de exhaustividad sería ilusorio-, sí al menos, aquellas cuestiones más significativas y conflictivas, tales como: la delimitación conceptual de los contratos «llave en mano», algo que conducirá a distinguirlos de otras figuras afines y a realizar un análisis de su naturaleza jurídica y de sus características; el régimen jurídico, principalmente, las obligaciones asumidas por las principales partes contratantes; y finalmente, la resolución de litigios y la determinación del Derecho aplicable al contrato.

9. En cualquier caso, y con carácter previo, resulta más que necesario realizar una referencia, aunque sea somera, a dos aspectos esenciales en la configuración de los contratos internacionales de construcción, tal y como se conocen en nuestros días: de un lado, el origen y evolución de los mismos en el comercio internacional, y de otro, el importante papel desempeñado por determinadas organizaciones internacionales y asociaciones profesionales en la elaboración de contratos-tipo y condiciones generales de la contratación, verdadera fuente de regulación de este tipo de contratos.

2. Origen y evolución de los contratos «llave en mano» en el comercio internacional

10. Los contratos «llave en mano» comienzan a ser utilizados en el comercio internacional en la década de los setenta, por parte de los países en vías de desarrollo como una alternativa real y efectiva al *Nuevo Orden Económico Internacional*⁵ (en adelante, NOEI). El establecimiento de un NOEI, tal y como se pretendía mediante una acción concertada de todos los Estados, supuso un auténtico y verdadero fracaso que se vio fundamentalmente motivado por la existencia de intereses políticamente contrapuestos y por la carencia de obligatoriedad jurídica de los documentos emanados de las Naciones Unidas⁶.

⁵ Los primeros documentos de las Naciones Unidas, dirigidos a configurar y a establecer los principios y fundamentos básicos de este *Nuevo Orden Económico Internacional* fueron, fundamentalmente, cuatro: *Declaración y Programa de acción relativo a la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional* (Res. A.G. 3201 (S-VI) y Res. A.G. 3202 (S-VI), de 1 de mayo de 1974); *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* (Res. 3281 (XXX), de 12 de diciembre de 1974); *Declaración y el Plan de acción de Lima*, adoptado el 26 de marzo de 1975 por la segunda Conferencia General de la O.N.U.D.I.; y *Resolución 3362 (S-VII) sobre Desarrollo y Cooperación económica internacional*, adoptada el 18 de septiembre de 1975 por la Asamblea General de las Naciones Unidas como resultado de su séptima sesión extraordinaria.

Sobre el *Nuevo Orden Económico Internacional*, en general, vid., ad ex., P. N. AGARWALA, *The New International Economic Order*, New York, 1983; E. BACK IMPALLOMENTI, *Aspetti e problemi del nuovo ordine economico internazionale*, Padova, 1987; M. BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, 1979; R. BERMEJO, *Vers un nouvel ordre économique international*, Fribourg Suisse, 1982; M. BETTATI, *Le nouvel ordre économique international*, 2ª ed., Paris, 1983; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «El nuevo orden económico internacional y el Derecho del comercio internacional», en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Madrid, 1986, pp. 201 y ss.; D. CARREAU, «Le nouvel ordre économique international», *JDI*, 1977, pp. 595 y ss.; G. FEUER, «Les Nations Unies et le ordre économique international (1974-1976)», *JDI*, 1977, pp. 606 y ss.; *id.*, «Legal aspects of the Projected New International Economic Order», *Netherland Int. Law Rev.*, 1977, pp. 507 y ss.; H. GROSS ESPIELL, «El nuevo orden económico internacional», en AA.VV., *Derecho Económico Internacional*, México, 1976, pp. 84 y ss.; Z. HAQUANI, *Le nouvel ordre commercial international*, Paris, 1983; A. HILLAR, *Derecho, nuevo orden económico y desarrollo*, Córdoba (Argentina), 1989; C. KAMINSKY, *Le nouvel ordre international*, 2ª ed., Paris, 1994; A. MAHIOU, «Les implications du nouvel ordre économique international et le droit international», *Rev. belge dr.int.*, 1976, pp. 421 y ss.; P.-M. MARTIN, «Le nouvel ordre économique international», *Rev.gén.dr.int.pub.*, 1976, pp.502 y ss.; A. MIAJA DE LA MUELA, «Conjeturas sobre la incidencia del Nuevo Orden Económico Internacional en el Derecho Mercantil», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 527 y ss.; B.O. DE RIVERO, *New Economic Order and International Development Law*, Oxford, 1980; M. SALEM, «Vers un nouvel ordre économique international. À propos des travaux de la 6ª session extraordinaire des Nations Unies» *JDI*, 1975, pp. 752 y ss.; G. SCHWARZENBERGER, *World economic order? A basic problem of international economic law?*, Manchester, 1970; B. STERN, *Un nouvel ordre économique international?*, Paris, 1983; P. VERLOREN VAN THEMAAT, «Die Aufgabe der Rechtswissenschaft in der Diskussion um eine neue Weltwirtschaftsordnung», *RabelsZ*, 1979, pp. 632 y ss.; R.C.A. WHITE, «A New International Economic Order», *ICLQ*, 1975, pp. 542 y ss.

⁶ Los países industrializados, aún hoy en día, siguen mostrándose reticentes respecto a la modificación de aquel sistema económico internacional que vio la luz en Bretons Woods hace más de cincuenta años. Al parecer, no se recuerda ya la crisis de 1973 ni los alejados problemas del desarrollo. Pero, esta situación no puede sorprender si se tiene en cuenta que son estos países -los desarrollados-los que continúan controlando instituciones como el FMI, el BM, el GATT y, actualmente, la OMC, todas ellas palanca de cambios en la dirección de la economía internacional. En este sentido, se ha llegado a decir que sólo si se crean comportamientos y se aceptan las obligaciones de naturaleza simplemente ética, será posible el establecimiento de verdaderas obligaciones jurídicas, única garantía de la instauración duradera del nuevo orden económico internacional. Vid. P.-M. MARTIN, «Le nouvel...», p. 535.

11. Precisamente, este hecho unido a la acuciante necesidad de industrialización sentida por los países menos desarrollados, será lo que les impulse a recurrir a otros instrumentos jurídicos -tratados bilaterales y, muy especialmente, contratos internacionales-, para conseguir sus objetivos, entre ellos el más importante: superar la situación de subdesarrollo. Algo que, bajo la extendida influencia de la doctrina del *traid not aid* presente ya en los orígenes del NOEI, se consideraba, sólo era posible a través de la participación de estos Estados en el comercio internacional. Para ello, se requería sin embargo un previo proceso de industrialización, -único medio para alcanzar una producción adecuada a la oferta y a la demanda del mercado que les permitiese participar de forma competitiva en la economía internacional-, indisolublemente unido a grandes dosis de capital y de tecnología. En este contexto, no puede sorprender, especialmente, si se tiene en cuenta la carencia más absoluta de esta última por parte de los países subdesarrollados, que se comenzase a observar en el comercio internacional un incesante incremento de contratos celebrados entre Estados en vías de desarrollo y empresas privadas de países industrializados, cuyo principal objetivo se dirigía a conseguir un determinado grado de desarrollo económico mediante la adquisición de tecnología⁷.

12. De todos estos contratos, que han sido calificados por cierto sector de la doctrina como «contratos de desarrollo»⁸ o «contratos de venta de desarrollo»⁹, merecen una especial atención los denominados *contratos de industrialización*, en cuya virtud una de la partes, generalmente un país en vías de desarrollo encarga a una empresa, normalmente, de un país industrializado la ejecución de un proyecto industrial. Aunque el objeto principal de estos contratos no es la transferencia de tecnología, sin embargo, produce efectos sobre la misma¹⁰.

⁷ Sobre los contratos de transferencia de tecnología, en este contexto, vid., *ad ex.*, J. L. BISMUTH, "Les contraintes spécifiques à la technologie dans les contrats internationaux de coopération", *Dr.prat.com.int.*, 1984, pp. 521 y ss.; N. BOUZA VIDAL, "Aspectos del Derecho internacional privado de los contratos de transferencia de tecnología", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz* 1991, 1992, pp. 227 y ss.; R. CAFARI PANICO, *Il trasferimento internazionale di know-how*, Milano, 1985; J. CIESLIK, "Prácticas regulatorias en la adquisición de tecnología en los países en desarrollo: una visión preliminar", *Revista de Derecho Industrial*, 1991, pp. 136 y ss.; C.M. CORREA, "Legal nature and contractual conditions in know-how transactions", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1981, pp. 388 y ss.; J. M. DELEUZE, *Le contrat de transfert de processus technologique (know-how)*, 3ª ed., Paris, 1982; M. DIENER, *Contrats internationaux de propriété industrielle*, Bordeaux, 1986; PH. KAHN, "Typologie des contrats de transfert de la technologie", en P. JUDET/PH. KAHN/A.-C. KISS/J. TOUSCOZ, *Transfert de technologie et développement*, Paris, 1977, pp. 435 y ss.; *id.*, "État du Droit du transfert de technologie", en PH. DELALANDE (ed.), *Entreprise et transfert de technologie*, Paris, 1987, pp. 103 y ss.; *id.*, "Entreprises multinationales et transferts de technologie. Elements pour une approche juridique", en D. GERMIDIS (ed.), *Le transfert technologique par les firmes multinationales*, vol. II., Paris, 1977, pp. 230 y ss.; G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international du développement*, Paris, 1985, pp. 22 y 23; M. SALEM, "Les contrats d'assistance technique. Transfert de technologie et pratique contractuelle entre pays occidentaux et pays en développement", en P. JUDET/PH. KAHN/A.-C. KISS/J. TOUSCOZ, *Transfert de technologie et développement*, Paris, 1977, pp. 467 y ss.; *id.*, "Formation de normes et contrats de transfert de technologie", en AA.VV., *La formation de normes en droit international du développement*, Paris/Alger, 1984, pp. 203 y ss.; J. SCHAPIRA, "Les contrats internationaux...", pp. 5 y ss.

⁸ Con la noción «contratos de desarrollo» se hace referencia a una determinada categoría de contratos surgidos como consecuencia de las específicas condiciones en las que se desarrollan las relaciones económicas entre las empresas de los países desarrollados y aquellas otras de los países en vías de desarrollo. De forma general, estos pueden definirse como aquellos contratos en los que, al menos, una de las partes contratantes es un país en vías de desarrollo, o una empresa que le representa en uno u otro título, y cuyo objeto se inscribe en una perspectiva del desarrollo. Vid. G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international...*, p. 177.

⁹ Vid. M. SALEM/M. -A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main» et les contrats «produit en main»*, Paris, 1979, p. 199.

¹⁰ Según PH. KAHN, los contratos del comercio internacional pueden quedar subsumidos en tres grandes categorías: los contratos de intercambio, los contratos de producción y los contratos de suministro. En los primeros, se englobarían todos aquellos contratos en los que se intercambia una prestación *in natura*, bien o servicio por una suma de dinero y cuya ejecución es instantánea o se desarrolla en un corto periodo de tiempo, siendo la venta el caso típico de esta categoría. Por su parte, los *contratos de producción* son aquellos que generalmente contienen prestaciones mixtas, tanto *in natura* -como, por ejemplo, la entrega de un bien de equipo o una fábrica- como financieras -inversiones directas, préstamos, etc.-, y en los que generalmente intervienen los Estados en el momento de su conclusión, debido a su importancia para la economía del país que acoge la producción. Éstos se caracterizan, además, por su finalidad: la creación de una empresa de producción en un país determinado o la participación en tal creación, y por su larga duración. Finalmente, los contratos de suministro se aproximan a los contratos de intercambio en tanto que se trata generalmente de entregar, transportar o financiar un producto consumible, pero también a los contratos de producción en tanto que son de larga duración y frecuentemente, intervienen en ellos las autoridades públicas del país receptor (Vid. "Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: l'expérience française", en AA.VV., *Le contrat économique international (VIIème journées Jean Dabin)*, Bruxelles/Paris, 1975, pp. 171 y ss., esp. pp. 180-182).

13. En este tipo de contratos, dada la carencia de capacidad tecnológica del país receptor, resulta más que aconsejable acudir a operaciones globales mediante las cuales se intenta unir en una sola operación la realización de unidades industriales y la adquisición de la tecnología necesaria para su explotación. Algo que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, puede llevarse a cabo recurriendo a la «*técnica de la globalización*», consistente en la agrupación simultánea de la totalidad de las prestaciones, o de la mayoría de ellas, a través de un mismo y único contrato. Como máximos exponentes de esta práctica contractual, cabe mencionar: los contratos «llave en mano», «producto en mano», «mercado en mano» y los contratos de compensación¹¹.

14. Estos contratos, que han sido calificados también por parte de la doctrina como *contratos complejos de transferencia de tecnología*, suelen incluir entre su complejo contenido: la preparación de estudios de factibilidad, la determinación del proceso tecnológico a utilizar, la financiación del proyecto correspondiente, el suministro de patentes, dibujos y marcas comerciales, acuerdos para la adquisición de materias primas, equipos y servicios, montaje e instalación de los equipos, acondicionamiento y puesta en funcionamiento de la planta industrial durante un determinado periodo de tiempo, su reparación y mantenimiento, -prestaciones todas estas presentes en los contratos «llave en mano»-, e incluso, también, la formación de personal local -supuesto este de los contratos «producto en mano»-, así como acuerdos sobre *marketing* y distribución de los productos del complejo industrial construido -caso de los contratos «mercado en mano»-¹².

Prestaciones todas ellas que, en este tipo de acuerdos celebrados en forma de *package deal* asume una de las partes contratantes mientras que la otra se limita a recibir a cambio de un precio, la instalación industrial después de haberse realizado las diferentes pruebas destinadas a asegurar el perfecto funcionamiento de la misma así como las demás prestaciones acordadas contractualmente.

Atendiendo al objeto de los contratos de producción, cabe distinguir, dos tipos contractuales: los contratos de industrialización y los contratos de transferencia de tecnología propiamente dichos. Los primeros -contratos de industrialización- son aquellos a través de los cuales una de las partes, generalmente una empresa de un país industrializado, se compromete a realizar o a participar en la creación de un proyecto industrial en un país determinado, generalmente uno poco desarrollado. Estos, por tanto, sin tener por objeto principal la transferencia de tecnología producen efectos sobre la misma. Los segundos -los contratos de transferencia de tecnología propiamente dichos- tienen por prestación principal la transferencia de tecnología y son independientes de cualquier tipo de operación industrial. Este último sería el caso, por ejemplo, de los contratos de asistencia técnica, los contratos de formación, los contratos de organización o gestión, y los contratos de cooperación, tanto industrial como tecnológica. *Vid.* PH. KAHN, «Typologie des contrats de transfert de la technologie» en P. JUDET/PH. KAHN/A.-C. KISS/J. TOUSCOZ, *Transfert de technologie et développement*, Paris, 1977, pp. 435 y ss.; *id.*, «État du droit du transfert de technologie», en PH. DELALANDE (ed.), *Entreprise et transfert de technologie*, Paris, 1987, pp. 103 y ss., esp. pp. 105-109. En contra de esta clasificación, *vid. ad. ex.*, J. SCHAPIRA, «Le contrats internationaux...», p. 23.

¹¹ Sobre los contratos «llave en mano» y los contratos «producto en mano», en este contexto, *vid. ad. ex.*, R. BERMEJO, *Vers un nouvel ordre...*, pp. 368-371; M. BLAKENEY, *Legal Aspects of the Transfer of Technology to Developing Countries*, Oxford, 1989, pp. 43 y 44; G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international...*, pp. 361-362; J. JEHL, *Le commerce international de la technologie. Approche juridique*, Paris, 1985, pp. 437-442; PH. KAHN, «État du droit du transfert de technologie», en PH. DELALANDE (ed.), *Entreprise et transfert de technologie*, Paris, 1987, pp. 106 y 107; PH. LEBOULANGER, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Paris, 1985, p. 16; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main» et les contrats «produit en main»*, Paris, 1979; M. TUTS, «L'évolution des contrats «clé en main»», *DPCL*, 1977, pp. 633 y ss.; D. WINTER, «A Contract for the International Sale of a Plant», *Journal of World Trade Law*, 1967, pp. 632 y ss.; S. YOUNG y otros, *Penetración y desarrollo de los mercados internacionales. Estrategias y gestión*, Barcelona, 1991, pp. 270-276.

Sobre los contratos «mercado en mano», *vid.*, J. DELACOLLETTE, *Les contrats de commerce internationaux*, 2ª ed., Paris, 1991, pp. 82-84; S. YOUNG y otros, *Penetración y desarrollo...*, p. 275 y pp. 314-326. Sobre las inversiones directas y empresas conjuntas como forma de adquirir tecnología, *vid. ad. ex.*, J.-P. BÉGUIN, *Les entreprises conjointes internationales dans les pays en voie de développement*, Genève, 1972; R. BERMEJO, *Vers un nouvel ordre...*, pp. 360-366; M. BLAKENEY, *Legal Aspects...*, pp. 44 y 45; D. GERMIDIS (ed.), *Transfer of Technology by Multinational Corporations*, Paris, 1977; J. JEHL, *Le commerce international...*, pp. 451-465; PH. KAHN, «État du droit...», pp. 105 y 106; R. RECONDO PORRÚA, «La transferencia internacional de tecnología. Aproximación a sus problemas jurídicos fundamentales», *ADI*, 1979-1980-1981-, pp. 137 y ss., esp. pp. 170-176; J. SCHAPIRA, «Les contrats internationaux de transfert technologique», *JDI*, 1972, pp. 5 y ss., esp. pp. 13-16 y 25-28.

¹² *Vid.* especialmente, J. DELACOLLETTE, *Les contrats...*, pp. 47-49. Según este autor, los contratos complejos de transferencia de tecnología suelen estar compuestos por: un contrato de asistencia técnica y de comunicación de *know-how*, un contrato de formación de personal, un contrato de ingeniería-consultora, un contrato de estudios particulares, un contrato de gestión, de mantenimiento de las instalaciones y de comercialización de los productos. Para una visión general del contenido de estos contratos, *vid.* UNECE, *Guide on Drawing Up Contracts for Large Industrial Works*, UN doc. ECE/Trade/117 (1973); UNCTC, *Management Contracts in Developing Countries*, UN doc. ST/CTC/27 (1983), UNCTC, *Features and Issues in Turn-key Contracts in Developing Countries: A Technical Paper*, UN doc. ST/CTC/28 (1983).

15. A través de estos contratos globales, no sólo se demanda la realización de un determinado proyecto industrial sino también la capacidad tecnológica necesaria para su explotación. En este sentido, se ha llegado a decir que mediante este tipo de contratos complejos «*todo sucede como si la industrialización no dependiera de la constitución previa de una capacidad tecnológica, sino como si ésta última se adquiriera al mismo tiempo que la industrialización*»¹³.

16. Ahora bien, la práctica contractual y el transcurso del tiempo, se han encargado de poner de manifiesto que este tipo de contratos, -como los contratos «llave en mano», los contratos «producto en mano» y los contratos «mercado en mano», sin olvidar la forma más tradicional de industrialización, adaptada también a los fines del desarrollo como es la inversión directa, especialmente en su forma derivada de empresas conjuntas o *joint venture*-, no siempre han servido al objetivo económico que motivó su surgimiento.

17. Respecto a *las empresas conjuntas* hay que señalar que aunque representan una forma más de transferencia de tecnología, no siempre tienen por resultado una verdadera adquisición de la misma por parte del receptor. Esto sucede, así, cuando este último aún contando con la participación mayoritaria de la empresa -generalmente, el 51%, -carece de suficientes conocimientos científicos, técnicos, y de gestión, lo que suele desembocar en una situación de dependencia tecnológica y en una absorción de dicha empresa en la estrategia empresarial de la multinacional en cuestión¹⁴. De ahí que un gran número de países en vías de desarrollo prefieran disociar las aportaciones tecnológicas de todo tipo de inversión acudiendo a diversas fórmulas contractuales globales con la finalidad de adquirir la tecnología necesaria para iniciar o reforzar su capacidad local de fabricación.

18. Pero, incluso, *los contratos de industrialización* propiamente dichos han resultado ser igualmente un fracaso en la consecución de sus objetivos, unas veces por la imposibilidad del receptor de explotar la instalación industrial debido a la carencia de unos mínimos conocimientos técnicos, -caso de los contratos «llave en mano»-, otras por la menor calidad de la producción provocada en última instancia por la inferior formación de personal local, y ello, a pesar de quedar ésta garantizada por determinados contratos, -como los contratos «producto en mano»- o, incluso, también por la dificultad de introducir los productos en el mercado, -supuesto de los contratos «mercado en mano»-. En definitiva, cabe afirmar que ha sido esta situación la que ha provocado el abandono de estas fórmulas contractuales en el marco de una política del desarrollo¹⁵.

19. No deja de ser significativo, sin embargo, el supuesto de los contratos «llave en mano». Pese a fracasar en la consecución de los objetivos económicos que sustentaron su propia configuración en un contexto determinado, lejos de entrar en desuso y, consecuentemente, desaparecer, han ido consolidándose y adquiriendo sustantividad jurídica propia en otro concreto sector del comercio internacional: la construcción¹⁶. Tal es así, que hoy en día cabe afirmar que los contratos de construc-

¹³ Vid. M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 21.

¹⁴ Si con el término empresa conjunta o *joint international business ventures* se hace alusión “a ciertas formas de colaboración técnica, financiera o comercial entre empresas de países diferentes” (vid. J.-P. BÉGUIN, *Les entreprises conjointes...*, p. 57), es lógico que, *a priori*, no se pueda excluir este instrumento jurídico del ámbito de la transferencia de tecnología hacia países en vías de desarrollo. Ahora bien, se tendrá que tener en cuenta la concreta situación de desarrollo económico en la que se encuentra el país receptor o la empresa perteneciente al mismo. Aún así, en las empresas conjuntas, en las que participa un país en vías de desarrollo, frecuentemente, se observan tres aspectos cuanto menos criticables: a) las empresas extranjeras, generalmente multinacionales, no suelen transmitir la capacidad tecnológica, es decir, el conocimiento científico y técnico necesario para producir los productos, y adaptarlos a otras necesidades sino que se limitan a transferir la forma en la que debe ser utilizado un material existente; b) por otra parte, los puestos de gestión dentro de la empresa van a ser ocupados por personal extranjero, y los de ejecución por personal local. Aún en el caso de que se cuente con personal autóctono cualificado, se corre el peligro de que la empresa extranjera lo atraiga hacia su país de origen; y c) finalmente, la capacidad de innovación, esto es, el I+D suele brillar por su ausencia.

¹⁵ Vid. D. LAMÈTHE, «Les nouveaux contrats internationaux d’industrialisation. (Esquisse d’un manifeste dans les rapports NordSur)», *JDI*, 1992, pp. 81 y ss.

¹⁶ Sobre los contratos internacionales de construcción «llave en mano», en este contexto, vid., J.-B. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats «clé en main»*, 2ª ed., Paris/New York/Barcelona/Milano/México/Sao Paulo, 1987; L. COSTET, “Les contrats de réali-

ción «llave en mano» se han convertido en el instrumento jurídico por excelencia de aquellos países, generalmente desarrollados, que destinan un volumen importante de sus exportaciones a esta concreta parcela del comercio exterior.

3. La estandarización de los contratos de construcción en el ámbito internacional

20. La inexistencia de un cuerpo normativo de carácter convencional unido a la escasa, inadecuada y diversa regulación de la que son objeto los contratos de construcción en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, son algunos de los factores que han favorecido en este concreto sector del comercio internacional, el ejercicio y despliegue del poder autonómico de los particulares. De nuevo, como ya lo hiciese en otros ámbitos del tráfico mercantil, vuelve a ser *la sociedad de los comerciantes* la que recogiendo a través de contratos-tipo y condiciones generales los usos y prácticas más habituales, otorgue una regulación apropiada a sus propios intereses y necesidades¹⁷.

21. También en el ámbito del comercio internacional, los contratos de construcción encuentran en los contratos-tipo y en las condiciones generales elaboradas tanto por organizaciones internacionales -por ejemplo, la *Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas*- como por las asociaciones mercantiles profesionales -especialmente, la FIDIC y la ENAA-, su principal fuente de regulación¹⁸.

A) El papel desempeñado por las organizaciones internacionales

22. Entre las diversas organizaciones internacionales que han prestado atención a la reglamentación sustantiva y material de los contratos internacionales de construcción, ocupa un lugar destacado

sation d'ensembles industriel", *DPCI*, 1981, pp. 559 y ss.; I. N. DUNCAN WALLACE, "Turnkey contracts", en H. LLOYD (ed.), *The Liability of Contractors*, London, 1986, pp. 34 y ss.; *id.*, *Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract*, London, 1986, pp. 433 y ss.; *id.*, "Contracts for Industrial Plant Projects", *ICLR*, 1984, pp. 322 y ss.; I. DÜNNWEBER, *Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Berlin/New York, 1984; A. FELICIANI, "Turnkey Contracts for Heavy Plants", *Int. Bus. L.*, 1989, pp. 107 y ss.; L. FIORILLO, "I contratti internazionali di costruzione e consegna di impianti industriali", *Dir. com. int.*, 1993, pp. 357 y ss.; S. M. FRANKLIN, "Critical Issues in Turnkey Contracts for Heavy Plants", *ICLR*, 1990, pp. 269 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Paris, 1993, pp. 283 y 284; TH. HASSLER, *Les contrats de construction d'ensembles industriels*, Thèse doctorel, Strasbourg, 1979; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»*, Granada, 1999; *id.*, "Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»", en A.-L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 1743 y ss.; P. T. JENNINGS, "Engineer's Power in Turnkey Heavy Plant Contracts", *ICLR*, 1990, pp. 291 y ss.; P. JOUSSEN, *Der Industrieanlagen-Vertrag*, Heidelberg, 1981; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Montreal, 1987; M. MARTINEK, *Moderne Vertragstypen*, vol. III, München, 1993, pp. 241 y ss.; F. NICKLISCH (ed.), *Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen*, Heidelberg, 1985; *id.*, *Bau- und Anlagenverträge, Risiken, Haftung, Streitbeilegung*, Heidelberg, 1984; C. POPESCO, "Les contrats «clés en main», dangers-destabilisations", *DPCI*, 1980, pp. 105 y ss.; M. E. SCHNEIDER, "Turnkey contracts, concept, liabilities, claims", *ICLR*, 1986, pp. 337 y ss.; G. WESTRING, "Turnkey Heavy Plant Contracts from the Owner's point of view", *ICLR*, 1990, pp. 234 y ss.; T. WIWEN-NILSSON, "Supply of Technology and Specifications in Turnkey Heavy Plant Contracts", *ICLR*, 1990, pp. 282 y ss.

¹⁷ Vid., en general, G. ALPA/M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1997; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, 1992; A. BOGGIANO, "International Standard Contracts. A Comparative Study", *RCADI*, 1980-I, t. 170, pp. 9 y ss.; L. KOPELMANAS, "L'adaptation des règles juridiques du commerce international aux relations particulières entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement", en *Droit économique*, Paris, 1978, pp. 133 y ss.; CL. M. SCHMITTHOFF, "The unification or harmonisation of Law by means of standard contracts and general conditions", *ICLQ*, 1968, pp. 551 y ss. En el sector de la construcción internacional, *vid.*, *ad ex.*, W. HUGHES/D. GREENWOOD, "The Standardisation of Contracts for Construction", *ICLR*, 1996, pp. 196 y ss.; D. JONES, "Whither the Standard Form?", *ICLR*, 1995, pp. 392 y ss.; M. E. KLECKNER, "Condizioni generali, modelli di contratto e appalto internazionale", en U. DRAETTA/C. VACCÀ, *Il contratto internazionale...*, pp. 51 y ss.; CH. REITHMANN, "Bauträgervertrag und Bauherren-Modell im IPR", en A. HELDRICH/H. J. SONNENBERGER (eds.), *Festschrift für Murad Ferid*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 363 y ss.; C. VACCÀ, "Standardizzazione dei building contracts e «nuove esperienze» di composizione «out of court» delle controversie", en U. DRAETTA/C. VACCÀ, *Il contratto internazionale...*, pp. 63 y ss.; V. POWELL-SMITH, "An Asean Region Standard Form of Construction Contract?", *ICLR*, 1992, pp. 384 y ss.; C. VACCÀ / A. FRIGNANI, "Appalto internazionale", en A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, 2ª ed., Torino, 1990, pp. 331 y ss., esp. 335 y ss.

¹⁸ Vid. M. E. KLECKNER, «Condizioni generali, modelli di contratto e appalto internazionale», en U. DRAETTA/C. VACCÀ, *Il contratto internazionale...*, pp. 51 y ss.; C. VACCÀ, «Standardizzazione dei building contracts e «nuove» esperienze di composizione «out-of-court» delle controversie», en U. DRAETTA/C. VACCÀ, *Il contratto internazionale...*, pp. 63 y ss.

la *Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas* que, ya, en 1973 publicó la *Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels*¹⁹. También, la UNIDO (*Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial*), aunque de forma más sectorial y específica, elaboró en 1981 dos contratos modelos para la construcción de plantas fertilizantes: el *UNIDO Model Form of Turnkey Lump Sum Contract for the Construction of a Fertilizer Plant* y el *UNIDO Model Form of Cost Reimbursable Contract for the Construction of a Fertilizer Plant*²⁰. Finalmente, la *Comisión de Naciones Unidas para el Derecho del Comercio Internacional* (UNCITRAL), publicó en 1988 la *Legal Guide on Drawing up International Contracts for Construction of Industrial Works* con el fin de proporcionar un asesoramiento adecuado a las partes -especialmente, a los países en vías de desarrollo- en la redacción de este tipo de contratos. En este sentido, cabe afirmar que la Guía UNCITRAL ofrece una formidable exposición de los distintos aspectos presentes en los contratos internacionales de construcción de grandes plantas industriales, pero su extensión y generalidad unidas a la ausencia de soluciones concretas, terminan frustrando su propia finalidad²¹.

23. Sin embargo, en la práctica, estos documentos no han adquirido la difusión que se esperaba de ellos. Aunque sirven para proporcionar un cierto asesoramiento legal a los países en vías de desarrollo -generalmente, clientes inexpertos en la negociación de grandes proyectos internacionales de construcción- cumpliendo, de esta forma, el fin para el que fueron creados, adolecen de auténticas soluciones técnicas y jurídicas, siendo éste su verdadero talón de Aquiles.

24. Mención a parte merecen los organismos internacionales de financiación, -tales como, el *Banco Mundial* (BM) o el *Banco Europeo de Inversiones* (BEI)-. Éstos, también, están contribuyendo a través de la elaboración de guías y condiciones generales a crear una cierta uniformidad jurídica en torno a los contratos internacionales de construcción, especialmente, en lo que concierne a la fase de negociación del contrato²².

25. Cada una de estas instituciones cuenta con una reglamentación propia que aplica a los contratos que financia y en la que se establecen determinadas normas sobre procedimientos de adjudicación, los criterios de resolución y contenido del contrato. El *Standard Bidding Document Procurement of Plant Design, Supply and Installation* (2010) del Banco Mundial²³ y la *Guide to Procurement* (2011) del BEI²⁴, son un buen ejemplo de esta tendencia. A ellos, hay que añadir los esfuerzos desempañados por la

¹⁹ CEE de l'ONU, *Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels*, (U.N. Doc/ECE/Trade 117), Genève, 1973. Sobre esta guía, *vid.*, J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, pp. 22 y 23; G. WESTRING, «Turnkey Heavy Plant...», p. 239.

²⁰ UNIDO, *Model Form of Turnkey Lump-Sum Contract of a Fertilizer Plant*, (UNIDO/P.C. 25), Vienna, 1981. Este texto fue sometido a revisión el 1 de junio de 1983 incorporándose entoces, al mismo, en forma de anexo, otro documento de la UNCTC (Centro de las Naciones Unidas sobre corporaciones transnacionales) que tiene por objeto específico los contratos «llave en mano». *Vid.* UNIDO *Model Form of Turnkey Lump Sum Contract for the Construction of a Fertilizer Plant including Guidelines and Technical Annexures*, (UNIDO/ P.C. 25/ Rev. 1. 1983). Respecto al otro contrato-tipo elaborado por la mencionada organización en 1981, *vid.*, UNIDO, *Model Form of Reimbursable Contract for the Construction of a Fertilizer Plant*, (UNIDO/P.C. 26), Vienna, 1981. Texto que fue modificado, el 1 de marzo de 1984 (UNIDO/ P.C. 26/ Rev.2, 1984). Para un comentario general de la labor desarrollada por la UNIDO en esta materia, *vid.*, M. ABTAHI, «Les arrangements en vue de la construction d'usines d'engrais dans les pays en voie de développement. L'expérience de l'O.N.U.D.I.», *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 819 y ss.

²¹ *Vid.* UNCITRAL, *Legal Guide on Drawing up International Contracts for Construction of Industrial Works*, (U.N./doc. A/C.N. 9/SER. B), New York, 1988. Sobre ella, *vid.*, S. BASNAYAKE, «The work of UNCITRAL in the field of industrial contracts», *ICLR*, 1984, pp. 273 y ss.; I. N. DUNCAN WALLACE, «The UNCITRAL Legal Guide on Industrial Works Contracts», *ICLR*, 1991, pp. 233 y ss.; S. M. FRANKLIN, «Critical Issues in Turnkey Contracts...», p. 271; G. WESTRING, «Turnkey Heavy Plant...», p. 239.

²² *Vid.* G. WESTRING, *International Procurement: A Training Manual*, Washington, 1985; *íd.*, «Procurement of Contractors and Consultants - A World Bank Perspective», *Int. Bus. L.*, 1991, pp. 357 y ss.

²³ El Banco Mundial viene desempeñando desde la década de los noventa una importantísima, labor en la estandarización de los procedimientos de adjudicación. El Documento Estándar citado, no es el único, junto a él cabe mencionar, entre otros: *Standard Bidding Document Procurement of Works* (2012); *Guidelines: Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services under IBRD Loans and IDA Credits & Grants* (2011). Todos los documentos elaborados por el BM en este sector pueden consultarse en el siguiente enlace: <http://go.worldbank.org/LLG7KORBF0>.

²⁴ Texto disponible en la página web del BEI, <http://www.eib.infocentre/publications/all/guide-to-procurement.htm>.

CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) que ha elaborado también una ley-modelo sobre esta materia²⁵.

26. Estos documentos, a pesar de su diferente alcance y valor jurídico y contrariamente a lo que cabría pensar, han contribuido a crear una cierta uniformidad y unificación jurídica en la regulación de los *procedimientos de adjudicación* de los contratos internacionales de construcción basándose en la utilización de dos principios fundamentales: el principio de concurrencia y el principio de publicidad. En base a los mismos, puede establecerse de forma general, como se analizará más adelante, una clasificación de los distintos tipos de procedimientos y de criterios de adjudicación²⁶.

27. A este proceso de unificación de la fase de negociación del contrato, hay que unir la importante armonización que sobre esta materia se ha llevado a cabo a nivel regional en el ámbito de la Unión Europea de la que es consecuencia directa nuestra nueva Ley de Contratos del Sector Público²⁷. No obstante, conviene tener en cuenta que en determinados supuestos esta normativa sólo afecta a la fase de formación del contrato pero no a su contenido.

B) La labor desarrollada por las asociaciones de profesionales

28. De entre todas las asociaciones de profesionales implicadas en el sector de la construcción internacional, destacan por la importante labor que vienen desempeñando en la estandarización de los contratos internacionales de construcción, la FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*) y la ENAA (*Engineering Advancement Association of Japan*).

29. La acogida y la utilización de la que vienen siendo objeto entre los operadores comerciales tanto las condiciones generales de la FIDIC como los formularios de la ENAA junto a la constante labor que viene desempeñando instituciones como la CCI en la revisión de sus aspectos más polémicos, han provocado el surgimiento y formación de verdaderos usos internacionales en esta materia²⁸.

a) Las condiciones generales FIDIC

30. La FIDIC, fundada en 1913, tiene entre sus funciones la de recopilar a través de condiciones generales y contratos-tipo los usos y prácticas más habituales en materia de construcción internacional

²⁵ Vid. CNUDMI, *Ley Modelo sobre la Contratación Pública*, 1 de julio de 2011. Dicha Ley reemplaza a la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994. El texto de la Ley Modelo así como la Guía para la incorporación al Derecho interno pueden consultarse en: www.uncitral.org.

²⁶ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 48 y 49.

²⁷ Vid. RDL 3/20011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, BOE núm. 276, de 14 de noviembre de 2011. El TRLCSP recoge en esencia la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, junto con las sucesivas modificaciones operadas en la misma como consecuencia de la necesidad de trasponer la Directiva (CE) 2004/18, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Dicho régimen jurídico se completa con la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (que traspone la Directiva (CE) 2004/17, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales); y la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

En la actualidad, la UE tiene entre sus objetivos la revisión de las Directivas existentes sobre esta materia. Vid.: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, 20.12.2011, COM (2011) 592 final; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, 20.12.2011, COM (2011) 896 final. De igual forma, y en el ámbito de la colaboración público-privado, vid.: Proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la atribución de contratos de concesión, 20.12.2011, COM (2011) 897 final.

El 19 de noviembre de 2013, el Parlamento Europeo otorgó su autorización para firmar el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, Comisión Europea-MEMO/13/1016. Se trata del principal acuerdo multilateral en el que se fijan las reglas básicas de las licitaciones internacionales. Puede consultarse el texto de dicho acuerdo en: <http://www.wto.org>.

²⁸ En cualquier caso, la CCI también ha elaborado dos modelos de contratos: ICC *Model Turnkey Supply of an Industrial Plant Contract* (2003); ICC *Model Turnkey Contract for Major Projects* (2007).

con el fin de velar, siempre, por los intereses de sus miembros y agilizar, así, las relaciones comerciales. La prolífica labor de la FIDIC no sólo ha tenido por objeto los contratos de construcción propiamente dichos sino que, también, se ha extendido a otros aspectos colaterales de esta operación²⁹.

31. Tras la elaboración de las *Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey* (1ª ed., Lausanne, 1995), conocido como el *Libro naranja*³⁰, la FIDIC consideró que debía actualizar el Libro Rojo y el Libro Amarillo, y designó un Grupo de Trabajo a tal efecto. Tras años de trabajo se publicaron en 1999, cuatro nuevos modelos de contratos: *Conditions of Contract for Construction for Building and engineering Works Designed by Employer* (1ª ed. 1999), conocido como Libro Rojo; *Conditions of Contract for Plant and Design Build for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and engineering Works, Designed by the Contractor* (1ª ed. 1999), conocido como Libro Amarillo; *Conditions of Contracts for EPC/Turnkey Projects* (1ª ed. 1999), conocido como el Libro Plateado y; *Short Form of Contract* (1ª ed. 1999), conocida como el Libro Verde³¹. Este “arcoiris” de Condiciones generales, se completó en 2008 con la publicación del Libro Dorado: *Conditions of Contract for design, Build and Operate Projects*³².

32. De esta colección revisada de contratos-tipo de la FIDIC, baste destacar: a) que el Libro Amarillo se configura como una actualización del Libro Naranja destinado a contratos «Design-Build» y «Turnkey»/«Llave en mano»; b) El Libro Plateado y el Libro Dorado están específicamente diseñados para ser utilizados en el ámbito de Proyectos BOT.

33. En el año 2005, la FIDIC elaboró una edición especial del Libro Rojo para ser utilizada por los MDB³³. Y recientemente ha publicado un nuevo contrato tipo: *Conditions of Subcontract* (2011)³⁴.

b) El contrato-tipo ENAA

34. Junto al papel desarrollado por la FIDIC en la recopilación de usos y prácticas de la construcción internacional, destaca el de otra asociación de profesionales en este sector, la ENAA (*The Engineering Advancement Association of Japan*) que, pese a no ser tan conocida como la anterior, no deja por ello de ser menos importante. La ENAA fue creada en Marzo de 1978 con el fin de promocionar y desarrollar la industria de la construcción y los servicios de ingeniería ante la creciente participación de Japón en proyectos internacionales de construcción.

35. Desde que iniciase su actividad, la ENAA mostró un especial interés por la elaboración de un contrato-tipo que supliese las insuficiencias de los existentes hasta ese momento, especialmente, en espec-

²⁹ Los dos modelos FIDIC más difundidos en el ámbito internacional fueron hasta su modificación en 1999: el *FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction* (4ª ed., Lausanne, 1987), más conocido como el Libro rojo y el *FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works* (3ª ed., Lausanne, 1987), conocido como el Libro amarillo.

³⁰ Con la elaboración de este documento, la FIDIC contribuyó a colmar una importante laguna existente en el ámbito de los contratos internacionales de construcción, concretamente, en torno a los contratos «llave en mano» que, hasta el momento, y a excepción del contrato-tipo ENAA, se encontraban carentes de una regulación que contemplase sus problemas más específicos. Vid. B. DE CAZALET/R.REECE, “Conditions applicables aux contrats de conception-construction et clés en main”, *Rev. dr. aff. int.*, 1996, pp. 279 y ss.; J. A. HUSE, “Use of FIDIC Orange Book in the Context of a BOT Project”, *ICLR*, 1996, pp. 434 y ss.; G. L. JAYNES, “The New Colour in FIDIC’s Rainbow: The Trial Edition of the «Orange Book»”, *ICLR*, 1995, pp. 367 y ss.

³¹ Vid. P. L. BOOEN, “FIDIC’s Conditions of Contract for the Next century: 1998 Test Editions: 1999”, *ICLR*, 1999, pp. 5-26; E. CORBETT, “FIDIC’s New Rainbow – An Overview of the red, Yellow, Silver and Green test editions”, *ICLR*, 1999, pp. 39-46; J. A. HUSE/J. KAY HOYLE, “FIDIC Design-Build, Turnkey and EPC Contracts”, *ICLR*, 1999, pp. 27-37.

³² Vid. S. LANDSBERRY, “FIDIC Design Build Operate- Glitter or Gold?”, *ICLR*, 2008, pp. 156-189; A.-V. JAEGER, “FIDIC Conditions of Contract for design, Build and Operate Projects, first edition 2008 – A New Approach”, *ICLR*, 2010, pp. 36-76.

³³ *FIDIC Conditions of Contracts for Construction Multilateral Developments Bank Harmonised Edition* (1ª ed. 2005, última revisión 2010). Vid. M. BELL, “Will the Silver Book Become the World Bank’s New Gold Standard?. The interrelationship between the World Bank’s Infrastructure Procurement policies and FIDIC’s Construction Contracts”, *ICLR*, 2004; pp. 164-188; G.-S. HÖK, “Relationship between FIDIC Conditions and Public Procurement Law – Reliability of Tender Documents”, *ICLR*, 2009, pp. 23-56.

³⁴ Vid. E. KRATOCHVILOVA/M. MENDELBLAT, “The FIDIC Subcontract, First Edition”, *ICLR*, 2012, pp. 104-110.

tos tan importantes como la transferencia de tecnología y las garantías de buena ejecución. Así, comenzaron los trabajos de un Grupo de Expertos que culminaron con la publicación en 1986 de un contrato modelo: el *ENAA Model Form of International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lump Sum Basis)* (1ª ed., Japan, 1986), que estaba integrado por tres volúmenes: *Form of Agreement & General Conditions* (volumen 1), *Samples of Attachments to the Agreement* (volumen 2) y *Guide Notes* (volumen 3)³⁵. En su segunda edición de 1992, además de incorporarse un nuevo volumen al modelo anterior -*Work procedures* (volumen 4)- que tiene por objeto regular entre otros aspectos las formas de pago, las inspecciones, procedimientos de adjudicación y la realización de determinadas pruebas de rendimiento y funcionamiento, se incluye un modelo alternativo para aquellos supuestos en los que no se transfiera tecnología o ésta sea suministrada por el cliente -*ENAA Model Form International Contract. Alternative Form for Industrial Plant*, (volumen 5)-³⁶. La ENAA publicó en marzo de 2010, la tercera edición de este contrato-tipo.

36. La ENAA ha elaborado también otro modelo de contrato «llave en mano» -el *ENAA Model Form International Contract for Power Plant Construction*-, que inspirándose en el anterior, intenta ofrecer una regulación específica a las peculiares características que, en el ámbito internacional, presentan aquellos proyectos que tienen por objeto la construcción de centrales energéticas³⁷.

37. Estos documentos de la ENAA despiertan un especial interés no sólo porque han sido los pioneros en ofrecer a nivel internacional una *regulación detallada* sobre los contratos «llave en mano» sino, también, porque presentan aspectos innovadores respecto a las condiciones FIDIC. Tal hecho explica que el Banco Mundial, recomiende la utilización de dicho contrato-tipo en sus *Standards Bidding Documents for Plant Procurement*.³⁸

II. Concepto, Características y naturaleza jurídica de los contratos internacionales de construcción «llave en mano»

1. Delimitación conceptual

A) Definición de los contratos «llave en mano»

38. El hecho de que no exista una definición universalmente aceptada de los contratos internacionales de construcción «llave en mano» unido a la constante incertidumbre que, desde sus orígenes, les ha venido rodeando dificultan cualquier intento de llevar a cabo una delimitación conceptual de los

³⁵ Vid. N. GOULD, "Some Comments on the Policies and Drafting of the ENAA Model Form International Contract for Process Plant Construction", *ICLR*, 1988, pp. 205 y ss.; T. SASAKI, "ENAA Model Form of Contract", *ICLR*, 1987, pp. 93 y ss.; G. WESTRING, "Turnkey Heavy Plant Contracts from the Owner's Point of View", *ICLR*, 1990, pp. 240 y ss.

³⁶ Vid. K. FURUYA, "ENAA Revised Model Form of Contract (1992 Edition)", *ICLR*, 1993, pp. 5 y ss.; N. GOULD, "Comments on the ENAA Model Form International Contract for Process Plant Construction (Revised 1992)", *ICLR*, 1994, pp. 498 y ss.; G. L. JAYNES, "Turnkey Contracts: Japan's Model Forms", *ICLR*, 1993, pp. 251 y ss.; T. WIWEN-NILSSON, "A Brief Review of the 1992 Edition of the ENAA Model Form, International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lumpsum Basis)", *ICLR*, 1994, pp. 526 y ss.; N. WAKAME, "An Overview of Major Issues on ENAA Model Form International Contract for Process Plant Construction, 1992 Edition. A Drafter's View", *ICLR*, 1995, pp. 98 y ss.

³⁷ En efecto, la ENAA consciente del considerable incremento del que estaban siendo objeto en el ámbito internacional este tipo de proyectos, de su importancia en la infraestructura de un país -especialmente de aquellos en vías de desarrollo-, y de sus características específicas que, precisamente, les distancian de los contratos de construcción de instalaciones industriales (*Process Plant*), -por ejemplo, instalaciones fertilizantes, petrolíferas, de acero, de cemento, etc.-, y justifican una regulación adecuada, publicó en julio de 1996, un contrato modelo a tal efecto. Sobre éste, *vid.*, H. HOSHI, "ENAA Model Form of Contract for Power Plant Construction", *ICLR*, 1997, pp. 61 y ss.; T. OMOTO, "A Comparative Study of British and Japanese Construction Contracts. The New ENAA Model Form of Contract", *ICLR*, 1996, pp. 482 y ss.; T. WIWEN-NILSSON, "The 1996 Edition of the ENAA Model Form. International Contract for Power Plant Construction. A Brief Review", *ICLR*, 1997, pp. 273 y ss.

³⁸ Vid. A. R. MARSHALL, "Process Plant Construction: The ENAA Model Form of contract (2010 edition) -Comments and Comparisons", *ICLR*, 2011, pp. 138-171.

misimos³⁹. De ahí que sea conveniente comenzar haciendo una referencia a las causas que explican esta falta de precisión jurídica para pasar, seguidamente, a determinar las características fundamentales que constituyen su verdadera esencia.

39. Que no exista una definición universalmente reconocida de los contratos internacionales de construcción «llave en mano» se debe a razones de diversa índole. Por una parte, son contratos que han sido creados en la práctica negocial por las necesidades de los propios comerciantes y que, por tanto, están estrechamente vinculados a las particularidades de la concreta transacción que tienen por objeto. Esto explica, a su vez, que la configuración de algunas de sus disposiciones contractuales quede a merced de factores tales como el nivel de desarrollo tecnológico de las partes contratantes, las características técnicas del sector industrial implicado o la política económica del país donde ha de ser ejecutada la obra y que, pese a responder a una estructura común, presenten importantes variaciones de unos a otros, que hacen casi imposible cualquier intento de extraer una noción abstracta de los mismos. Por otra parte, el concepto «llave en mano», desde que surgió a principios del siglo XX en Estados Unidos entre los productores de bienes de equipo de la industria del gas y del petróleo, ha sido objeto de múltiples aplicaciones prácticas tanto a nivel nacional, -especialmente en el sector inmobiliario-, como a nivel internacional, -especialmente en el suministro de bienes de equipo-. Esta difusa utilización del concepto, que no hace más que aportar confusión jurídica, no ha impedido, sin embargo, que en el ámbito de la construcción internacional, el contrato «llave en mano», también conocido como *contrat «clé en main»*; *Turnkey Contract* o, más recientemente, *EPC (Engineering, Procurement and Construction)* haya adquirido sustantividad propia⁴⁰. Finalmente, otro factor que también ha contribuido a crear cierta imprecisión jurídica ha sido, sin lugar a dudas, la laguna legal existente entorno a esta figura⁴¹.

40. Todas estas circunstancias han provocado una inevitable incertidumbre, que se ha visto incrementada por la insistente tendencia doctrinal observada tanto en los países del *Common Law* como en los países de *Derecho civil*, a considerar como contratos «llave en mano» aquellos en los que el contratista se obliga frente al cliente a entregar un obra completa y lista para ser usada⁴². Sin embargo,

³⁹ Los contratos «llave en mano» surgieron en Estados Unidos hace más de medio siglo entre los productores de bienes de equipo que, ante la escasa demanda, idearon esta fórmula contractual con el fin de aumentar sus ventas. El éxito de esta operación aparecida originariamente en la construcción y en la industria del gas y del petróleo, hizo que se extendiera pronto a otras ramas industriales e, incluso, a las transacciones internacionales. En este último ámbito, los contratos «llave en mano» fueron frecuentemente utilizados, en los años sesenta, en el marco de las relaciones comerciales mantenidas con los países del Este pero recibieron su mayor impulso en la década de los 70 al ser concebidos por los países del Tercer Mundo, especialmente por los países de la O.P.E.P., como el instrumento jurídico idóneo para conseguir sus objetivos económicos -producción autónoma y capacidad tecnológica-. Desde esta última perspectiva, se ha llegado a decir que los contratos «llave en mano» son el medio para establecer los cimientos de una infraestructura industrial en un país en vías de desarrollo sin que éste, esté obligado, a dominar inmediatamente las técnicas de concepción y de realización (vid. G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international...*, p. 361). Sobre el origen de los contratos «llave en mano», vid., J.- A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, p. 15; TH. HASSLER, *Les contrats de construction...*, p. 14, nota 1; P. JUDET/J. PERRIN, “Du «clé en main» au «produit en main»”, *Mondes en développement*, 1976, pp. 395 y ss.; M. SALEM/M.- A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p.46; M. E. SCHNEIDER, “Turnkey Contracts...”, p. 338; S. YOUNG y otros, *Penetración y desarrollo...*, p. 270.

⁴⁰ Aunque este es el término más arraigado en el ámbito del comercio internacional para referirse a este tipo de contratos, también reciben otras denominaciones como: «*Package Contract*», «*Design and Build*», «*Single Responsibility*» o «*Design Contractor*», en los países anglosajones; en Francia, «*clé en main*» o «*ensemblé*» o en Alemania, «*Schlüsselfertig*», «*Totalunternehmer*» y «*Objektvertrag*». Dato éste que, lejos de ser vanal, ha contribuido durante algún tiempo a crear cierta confusión jurídica puesto que en determinados supuestos alguna de las nomenclaturas mencionadas posee connotaciones propias. Vid. M. SCHNEIDER, “Turnkey contracts...”, p. 336.

⁴¹ Vid. L. COSTET, “Les contrats de réalisation...”, p. 560; S. M. FRANCKLIN, “Critical issues in Turnkey Contracts...”, p. 272; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p.46.

⁴² Debe tenerse en cuenta que esta concepción de los contratos «llave en mano», que hoy en día puede considerarse totalmente superada, fue la que imperó entre la doctrina en aquella época -década de los setenta y ochenta- en la que estos contratos se concibieron como instrumentos jurídicos de transferencia de tecnología hacia los países en desarrollo. Desde esta perspectiva, resulta lógico que, desde el punto de vista jurídico, se centrara la atención en el resultado final que se pretendía alcanzar a través de los contratos «llave en mano»: la entrega de un complejo industrial en perfecto estado de funcionamiento y rendimiento apto para proporcionar a la otra parte contratante, el adquirente, la capacidad de producción acordada. Esta concepción, indudablemente, influyó en la propia calificación del contrato, siendo, en este sentido, habitual que se considerase como un

cabe afirmar que no hay nada de específico o particular en esta definición que diferencie a los contratos «llave en mano» del resto de los contratos de construcción, en tanto que en todos ellos se persigue como resultado final la entrega de una obra que pueda ser destinada al fin para el que ha sido concebida⁴³.

41. Lo que realmente define y caracteriza a los contratos internacionales de construcción «llave en mano», siendo éste el único aspecto en el que existe un cierto consenso generalizado, es, precisamente, junto a la combinación de otras obligaciones, la *asunción de responsabilidad del contratista por la realización completa del proyecto*. En este sentido, el contrato «llave en mano» o *Turnkey Contract* puede definirse como aquel en el que el contratista (*Contractor*) se obliga frente al cliente (*Client/Owner*) a cambio de un precio, generalmente, alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En este tipo de contratos, el énfasis recae en la *responsabilidad global* que asume el contratista frente al cliente⁴⁴. Esto no significa, sin embargo, que el contratista asuma todos y cada uno de los riesgos que se derivan de la ejecución del proyecto. Cuestion esta que dependerá en cada caso concreto de factores de diversa índole –tipo de financiación, obra, injerencia del cliente en la ejecución del proyecto, etc...-.

42. Otras prestaciones que siempre están presentes en los contratos «llave en mano», formando parte de la obligación global del contratista, son: a) el suministro de materiales y maquinaria; b) el transporte de los mismos; c) la realización de las obras civiles; d) la instalación y montaje; y e) la puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada. En determinados casos, también es posible incluir en este tipo de contratos otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como la formación de personal y la asistencia técnica. Éstas, sin embargo, a diferencia de las anteriores no llegan a formar parte de la obligación global del contratista sino que, generalmente, quedan configuradas como simples obligaciones accesorias.

43. Aunque los contratos internacionales de construcción «llave en mano» pueden tener por objeto tanto la realización de obras inmobiliarias (*Building Works*) -hospitales, hoteles, escuelas-, como la construcción de obras de ingeniería civil (*Civil Engineering Works*) -puentes, carreteras, túneles-, están siendo, sin embargo, cada vez más utilizados en el ámbito de la construcción de plantas industriales. Generalmente, la construcción de una planta industrial requiere la utilización de un proceso de fabricación (*Process Plant*), que no siempre va a estar al alcance de todos. Es más, en la mayor parte de los casos, la exclusividad y especialidad del componente tecnológico así como el *know-how* y la experiencia profesional que exigen las características del proyecto, se va a encontrar sólo en poder de unas pocas empresas especializadas que, dados los intereses en juego, sólo estarán dispuestas a suministrar su tecnología si son ellas mismas las que se encargan de concebir, construir y poner en funcionamiento la planta o instalación implicada. En tales supuestos, es fácil entender que la elección de un contrato «llave en mano» sea lo más probable si no la única opción posible para el cliente⁴⁵.

contrato de compraventa o suministro. *Vid., ad. ex.*, V. DELAPORTE, “La détermination du Droit applicable au contrat d’ouvrage clé en main”, *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 755 y ss., esp. p. 756; B. FORET, “Réflexions sur les contrats clé en main aux États-Unis et en Louisiana et sur la Législation afférente a ces contrats”, *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 574 y ss., esp. p. 576; O. GOHIN, “La responsabilité du fournisseur dans le contrat clé en main”, *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 677 y ss., esp. pp. 678 y 679; J. JEHL, *Le commerce international de technologie...*, pp. 435 y ss.; PH. KAHN, “L’essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi”, *L’hypothèse du non-droit, XXXe Séminaire organisé a Liège les 21 et 22 Octobre 1977*, Liège, 1978, pp. 231 y ss., esp. p. 240; *id.*, “L’interprétation des contrats internationaux”, *JDI*, 1981, pp. 5 y ss., esp. p. 11; H. KRISTENSEN, “Correspondence”, *ICLR*, 1986, p. 217; B. MERCADAL, “L’arbitrage, mode de règlement du contentieux relatif aux contrats de livraison d’ouvrages clé en main”, *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 793 y ss., esp. pp. 793 y 794; M. SALEM/ M. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 156.

⁴³ *Vid.* I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, p. 433.

⁴⁴ Tal y como pone de manifiesto I. N. DUNCAN WALLACE, “Turnkey is used to describe a contract where the essential design emanates from, or is supplied by, the contractor and not the owner, so that the legal responsibility for the design, suitability and performance of the work after completion will be made to rest in varying degrees with the contractor” (“Contracts for Industrial Plant...”, p. 322. En este mismo sentido, *vid.*, I. DÜNNWEBER, *Vertrag zur Erstellung...*, pp. 9 y 10; P. MANKOWSKY, *Der Bauvertrag...*, pp. 41-43; M. MARTINEK, *Moderne...*, pp. 242 y ss.; M. E. SCHNEIDER, “Turnkey Contracts...”, pp. 338-340; T. WIWEN-NILSON, “Supply of Technology...”, pp. 282 y 283.

⁴⁵ *Vid.* I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, p. 434; M. MARTINEK, *Moderne...*, pp. 243 y 244.

B) Clasificación de los contratos «llave en mano»

a) Contratos «llave en mano» *mixtos*, contratos «llave en mano» *parciales* y contratos *semi-llave en mano*

44. La doctrina, basándose en la experiencia observada en la práctica, ha propuesto distintas clasificaciones de los contratos «llave en mano». Una de ellas es la que, atendiendo al uso habitual de utilizar distintos tipos de contratos para la realización de un mismo proyecto, distingue entre: contratos «llave en mano» *mixtos*, contratos «llave en mano» *parciales* y contratos *semi-llave en mano*⁴⁶.

45. Así, cuando el cliente celebra un contrato tradicional de construcción para la realización de una parte del proyecto (cimientos y sub-estructura) y un contrato «llave en mano» para el resto de la obra, tiene lugar lo que en el sector industrial se conoce con el nombre de contratos «llave en mano» *mixtos* o *mixed-turnkey contracts*. Por otra parte, puede suceder, y de hecho es la situación más frecuente, que se utilice un contrato tradicional para la ejecución de la obra en su conjunto pero, sin embargo, sea conveniente recurrir para determinadas partes especializadas, como los sistemas de aire acondicionado y la ventilación, a un contratista «llave en mano» que, a su vez, puede haber sido o bien contratado directamente por el cliente, o bien subcontratado por el contratista principal, correspondiendo la coordinación del contrato «llave en mano» al cliente o a su ingeniero, o al contratista principal, respectivamente. En tales casos, se habla de contratos «llave en mano» *parciales* o *part-turnkey contracts*. Finalmente, cuando en la realización de un proyecto el cliente concluye diferentes clases de contratos, entre ellos uno «llave en mano» y encarga al contratista de este último la coordinación de los demás contratos separados celebrados sobre una base tradicional, se habla de contratos *semi-llave en mano* o *semi-turnkey contracts*.

b) Contratos «llave en mano» *simples* o *parciales*, contratos «llave en mano» *completos* o *clásicos* y contratos «llave en mano» *amplios*

46. Otra clasificación propuesta por la doctrina, que no hace más que reflejar el diferente contenido que, en la práctica, presentan estos contratos, es la que distingue entre: los contratos «llave en mano» *simples* o *parciales*, los contratos «llave en mano» *completos* o *clásicos* y los contratos «llave en mano» *amplios*⁴⁷.

47. Los contratos «llave en mano» *simples* o *contrat clé en main «léger»*, frecuentemente utilizados en las relaciones comerciales con los países del Este y entre agentes económicos de igual desarrollo tecnológico, son aquellos en los que el contratista se obliga a concebir la obra, suministrar los bienes de equipo y materiales y poner en funcionamiento la planta industrial conforme a las estipulaciones contractuales, mientras que corre a cargo del cliente el montaje de la instalación, bajo la supervisión y asistencia técnica del primero, siendo a su vez posible que también se obligue a suministrar todos o parte de los bienes de equipo. En los contratos «llave en mano» *clásicos* o *contrat clé en main «classique»*, el cliente se limita, sin embargo, a pagar un precio al contratista a cambio de la concepción, construcción y puesta en funcionamiento de la instalación industrial, mientras que en los contratos «llave en mano» *amplios* o *contrat clé en main «lourd»*, el contratista, junto a las prestaciones derivadas del contrato clásico -concepción, realización y puesta en funcionamiento de la obra-, asume otras obligaciones complementarias relativas a la formación de personal local y asistencia técnica necesaria para la explotación de la instalación pero que, en ningún caso, llegan a formar parte de su obligación global de resultado⁴⁸.

⁴⁶ Vid. I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, pp. 365 y 366 y pp. 401 y 402.

⁴⁷ Vid. J. JEHL, *Le commerce international...* pp. 437-442; PH. KAHN, "État du droit...", p. 107; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 105 y 106; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 47.

⁴⁸ Otra clasificación de los contratos «llave en mano» es la propuesta por M. BLAKENEY, que atendiendo al grado de implicación del suministrador de tecnología en la elaboración de los planos y en la construcción y puesta en funcionamiento del complejo industrial correspondiente distingue las siguientes cinco categorías: a) *Turnkey Contract*; b) *Semi-Turnkey Contract*; c) *Product in Hand Contract*; d) *Comprehensive Contract* y; e) contratos separados. En los *Turnkey Contracts*, el contratista se compromete a construir y poner en funcionamiento un complejo industrial conforme a los planos y tecnología incorporada que

48. Conviene precisar que las diferentes formas contractuales que se observan en la práctica y que sirven de sustento a las distintas clasificaciones doctrinales, en ningún caso alteran ni las características esenciales del contrato «llave en mano», ni su denominador común: la responsabilidad global asumida por el contratista frente al cliente de concebir, construir y poner en funcionamiento un determinado proyecto, generalmente, una planta industrial⁴⁹.

C) Distinción de figuras afines

49. La realización de un proyecto se sustenta básicamente sobre dos operaciones: por una parte, la concepción de la obra y por otra, su ejecución. Desde un punto de vista jurídico, estas dos funciones pueden atribuirse o bien a personas distintas a través de contratos separados, o bien a una sola persona mediante la celebración de un único contrato. Los diferentes métodos de realización de proyectos que, junto al «llave en mano», han surgido en la práctica del comercio internacional descansan sobre esta distribución de misiones. Así, cuando lo que se pretende es que estas dos prestaciones esenciales a todo proceso de construcción queden separadas, se recurrirá a distintas fórmulas contractuales como el contrato «*design then bid*» o el *proceso acelerado de construcción*. Por el contrario, si lo que se desea es concluir un sólo contrato en el que ambas prestaciones queden a cargo de una sola parte contratante, se podrá optar por un contrato «*design & build*» o un contrato «llave en mano», entre otros. No obstante, conviene tener en cuenta dos aspectos importantes: de un lado, que la elección entre una fórmula contractual u otra recae siempre sobre el cliente pues es quién ha de barajar de entre todas ellas, cuál es la que mejor se adapta a sus propias necesidades e intereses, y a las características del proyecto que pretende realizar, y por otra, que la realización de un proyecto implica frecuentemente, en la práctica, la celebración de distintas clases de contratos⁵⁰.

Entre las diferentes fórmulas contractuales, a las que seguidamente se hará referencia, ocupan un lugar destacado los denominados proyectos BOT (*Build Operate and Transfer*) que, como se verá más adelante, albergan generalmente en su seno un contrato «llave en mano».

a) El contrato tradicional o «*design then bid*»

50. El método tradicional o convencional de construcción, también conocido por la expresión anglosajona «*design then bid*» -primero se proyecta, luego se licita- es aquel que implica la participación de al menos tres personas en la realización de un proyecto: cliente, ingeniero y contratista. Desde el punto de vista jurídico, el método tradicional se estructura sobre la celebración de dos contratos: uno, entre el cliente y el ingeniero y otro, entre el cliente y el contratista. A través del primero, el ingeniero se compromete a elaborar los planos y especificaciones técnicas de la obra e, incluso, será lo más habitual, se encargará de preparar la licitación, asesorando en este sentido al cliente sobre la elección del contratista. Mediante el segundo, -el contrato de construcción-, el contratista se obliga frente al cliente a ejecutar la obra conforme a los planos y especificaciones suministrados por el ingeniero, quién a su vez supervisará y controlará la realización de los trabajos⁵¹.

el mismo ha seleccionado y suministrado. Cuando determinadas prestaciones del contrato corren a cargo del cliente o adquirente o de los subcontratistas, estamos en presencia de un Semi-Turnkey contract. Si el contratista «llave en mano» se compromete a alcanzar determinados resultados de producción con personal del cliente, se celebra un contrato «producto en mano». Por otra parte, si es el adquirente el que selecciona el proceso tecnológico a incorporar a las obras proyectadas, construídas y coordinadas por el contratista, se habla de Comprehensive Contract. Finalmente, se negocian contratos separados cuando se recurre a varios contratistas para ejecutar diferentes partes de la obra bajo la supervisión del cliente (*Legal Aspects...*, p. 44).

⁴⁹ Vid. L. COSTET, «Les contrats de réalisation d'ensembles...», pp. 562-566.

⁵⁰ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 267.

⁵¹ En este sentido, son muy gráficas las palabras de M. F. LUNCH al comparar el método tradicional de construcción con un banquillo de tres patas: cliente, arquitecto/ingeniero y contratista. El cliente es quién proporciona el esbozo de la instalación o edificación que necesita y suministra el dinero necesario; el arquitecto y/o ingeniero expresa aquel deseo en el proyecto y en el pliego de condiciones y, finalmente, el contratista ejecuta las obras siguiendo el proyecto y el pliego de condiciones («New Construction Methods and New Roles for Engineers», *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 83 y ss., esp. p. 83). Vid., también, P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 268-277.

51. Entre las *ventajas* que reporta la utilización del método tradicional cabe citar: a) la posibilidad de establecer un claro reparto de funciones y de responsabilidades entre las partes participantes, y ello, pese al elemento de complejidad que supone la interferencia del ingeniero en el contrato de construcción; b) la intervención del cliente a través del ingeniero en el desarrollo del proyecto; c) la elaboración completa, o lo más completa posible, del proyecto antes de la licitación y de la conclusión del contrato de construcción, lo que implica, respectivamente, una mayor competitividad entre los licitadores y una disminución de los problemas surgidos en la fase de ejecución en torno al desarrollo de los planos; y d) finalmente, se evita el posible conflicto de intereses entre el cliente y el ingeniero al ser este último independiente y, por tanto, no tener ninguna participación en la ejecución de la obra.

b) El proceso acelerado de construcción o «*fast track construction*»

52. Este método de la construcción permite, a diferencia del anterior, comenzar con los trabajos de ejecución de una obra antes de que haya sido elaborado el proyecto en su conjunto. Implica, por tanto, una fragmentación del proyecto en distintas fases o segmentos individualizados cuya concreta realización se hace depender de su previa concepción detallada. El *proceso fast track construction*, en definitiva, ofrece al cliente la posibilidad de iniciar la construcción de una obra mientras que se ultima la elaboración de los planos y especificaciones correspondientes a cada una de las partes en que queda fraccionado el proyecto⁵².

53. Aunque en el proceso tradicional o convencional la realización del proyecto de construcción debe de preceder siempre a la fase de licitación, en la práctica, suele ser habitual que éste quede completamente acabado durante la fase de construcción de la obra. En este sentido, se podría pensar que el proceso tradicional es también un proceso *fast track construction*. Pero, tal y como ha puesto de manifiesto, acertadamente, P. GLAVINIS: en el proceso tradicional, “a diferencia del proceso acelerado, esta situación es más el resultado de una transformación de hecho del proceso «*design then bid*» inicialmente elegido, que el producto de una elección deliberada”.⁵³

54. Entre las razones que justifican la elección del proceso *fast track construction* por parte el cliente, destacan la reducción de costes que de él se derivan por la inevitable disminución del tiempo transcurrido entre la fase de concepción y de ejecución, así como la posibilidad de incorporar al proyecto los últimos avances tecnológicos sin que esto origine, como sucede en el proceso convencional, la necesidad de introducir modificaciones en los planos y especificaciones con el consiguiente aumento de costes y retrasos en la ejecución⁵⁴.

⁵² Vid. S. D. BYNUM, “Construction Management and Design-Build/Fast Track Construction from the Perspective of a General Contractor”, *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 25 y ss., esp. p. 34; F. CAHILL, “Drafting Contracts for Fast Track Projects to Minimise Risk and Maintain the Commercial Edge”, *I.C.L.R.*, 1990, pp. 210 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 277-281; CL. M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade The Law and Practice of International Trade*, 9ª ed., London, 1990, p. 745; W.R. SQUIRES/M. J. MURPHY, “The Impact of Fast Track Construction and Construction Management on Subcontractors”, *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 55 y ss., esp. p. 56; J. B. TIEDER/R.K. COX, “Construction Management and The Specialty Trade (Prime) Contractors”, *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 39 y ss., esp. p. 44.

⁵³ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 278. En efecto, la ejecución de un proyecto en la práctica lleva aparejada, frecuentemente, la combinación de ambos métodos: un proceso tradicional y un proceso acelerado de construcción. Pero, a pesar de que hoy en día sea habitual que la concepción de una obra en el marco de un proceso tradicional finalice durante la fase de ejecución, existe un aspecto que le distancia del proceso acelerado de construcción y es que este último es el resultado de una elección deliberada mientras que el primero es el resultado de una transformación *de facto*, que no hace más que reflejar la diferencia generalmente existente en los contratos de construcción por su larga duración, entre lo que se ha venido a denominar contrato escrito y contrato realmente vivido. Vid., en este sentido, P. LEVEL, “La négociation du contrat international de sous-traitance”, *Rev. dr. aff. int.*, 1985, pp. 147 y ss.; *id.*, “Obligation de minimiser les pertes dans la pratique du contrat international de construction”, *Rev. dr. aff. int.*, 1987, pp. 385 y ss.

⁵⁴ Vid. S. D. BYNUM, “Construction Management and Design-Build/Fast Track Construction...”, p. 34; F. CAHILL, “Drafting Contracts for Fast Track Projects ...”, p. 210; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 278; J. J. GOUDSMIT, “Frame Contract and the Closing of the Eastern Scheldt”, *ICLR*, 1986, pp. 117 y ss., esp. pp. 119 y 120.

Por su parte, los contratistas y/o subcontratistas también se benefician de las innegables ventajas derivadas de una concepción completa y detallada de aquella parte de obra que les corresponde ejecutar tales como: una mayor calidad en la confección de los planos, una mejor determinación del ámbito de los trabajos que se comprometen a realizar, y una mayor posibilidad de poder corregir determinados defectos y omisiones de los planos y especificaciones en el momento de la licitación, ventajas todas ellas que se traducen en términos de mayor beneficio⁵⁵.

55. Aunque esta forma de organizar y ejecutar el proyecto no plantea problemas nuevos en el sector de la construcción, la práctica se ha encargado de poner de manifiesto que algunos de ellos, especialmente las modificaciones y revisiones de las obras, los retrasos en la ejecución y la falta de coordinación, pueden verse considerablemente incrementados como consecuencia de una entrega precipitada de los planos y especificaciones correspondientes a cada fase del proyecto. Esta imprecisión de los documentos técnicos dará lugar, inevitablemente, a modificaciones pero con el inconveniente añadido en el proceso acelerado de construcción de saber si los planos completos constituyen una determinación de los originalmente ofrecidos y, por tanto, no dan derecho al contratista a recibir una compensación a cambio, o si, por el contrario, son una modificación de los mismos. Generalmente, esta situación provoca a su vez un retraso encadenado en la entrega de los correspondientes tramos de obra, pudiéndose hablar en este sentido de un «efecto dominó», que se traduce en un aumento inevitable de costes. Pero, tal vez, el problema más acuciante del *fast track construction* sea el de la falta de coordinación de las distintas partes del proyecto que, en caso extremo, lleva aparejada la existencia de lagunas y omisiones entre las distintas partes de la obra que hacen que la suma de todas ellas no constituya un proyecto completo⁵⁶.

56. Desde el punto de vista jurídico, el proceso acelerado de construcción puede quedar estructurado sobre la base de: a) *contratos separados*, celebrados directamente por el cliente con cada una de las partes implicadas en la proyección y en la ejecución de la obra; b) *un contrato tradicional de construcción*, siendo en este caso lo más frecuente que el contratista principal recurra a la subcontratación; c) *un contrato design & build*, en cuyo caso será el contratista el que responda de la concepción y de la construcción del proyecto; o d) finalmente, un contrato de *Construction Management* o *Project Management*. De todas estas fórmulas contractuales, las que mejor se adaptan al proceso acelerado de

⁵⁵ Vid. J.B. TIEDER/R.K. COX, “Construction Management...”, p. 45.

⁵⁶ Tal y como ponen de manifiesto W.R. SQUIRES/M.J. MURPHY: “La experiencia hasta el momento con el *fast track construction* y el *construction management* (...) indica que ninguno de estos dos enfoques crea intrínsecamente problemas nuevos para el sector de la construcción. Más bien, estos planteamientos añaden simplemente nuevos actores -o varían los nombres de los ya existentes-, cambian el contexto en el que aparecen los problemas más tradicionales y, posiblemente, incrementan el volumen de ciertos tipos de problemas”, (“The Impact of Fast Track Construction...”, pp. 55 y 58). En este sentido, la práctica contractual, especialmente norteamericana, ha puesto de manifiesto que los problemas fundamentales que se derivan del *fast track construction* encuentran su denominador común en la presentación y entrega precipitada, por parte del cliente, *Project Manager*, ingeniero/arquitecto o empresario «llave en mano», según los casos, de los planos y especificaciones correspondientes a cada parte del proyecto. De este hecho, se derivan nefastas consecuencias, entre ellas: el incremento indiscriminado de modificaciones que, en determinados supuestos, conduce a cuestionarse, desde un punto de vista jurídico, si estamos ante una novación del objeto del contrato -lo que en Derecho norteamericano se conoce con el término de «*cardinal changes*» y que dan derecho a una de las partes, generalmente el contratista, a resolver el contrato- y, en otros, dejan completamente desprotegido al contratista o a los subcontratistas -según los casos- que, ante el cúmulo de modificaciones ordenadas, se ven en la imposibilidad de solicitar la necesaria autorización del cliente a tal efecto, al menos, si desean cumplir con los plazos establecidos, debiendo entonces sobreentender que existe una renuncia implícita al respecto por parte del cliente, con la consiguiente incerteza e inseguridad jurídica y económica que tal situación conlleva puesto que, en cualquier momento, el cliente puede alegar su falta de consentimiento, en cuyo caso, corren a cargo del contratista o subcontratistas los costes de las modificaciones. Otro inconveniente de los procesos acelerados de construcción observado en la práctica es la existencia de lagunas una vez unidos todos los proyectos parciales. En definitiva, todo ello repercute, inevitablemente, en una prolongación de los plazos inicialmente previstos y en un incremento del precio, fracasando de esta forma los objetivos perseguidos a través de este nuevo método o técnica de la construcción. No obstante, todos estos inconvenientes pueden en cierta medida quedar amortiguados si se prevén en el contrato correspondiente mecanismos de información rápida en caso de omisión o errores en los planos y de cooperación entre todas las partes implicadas. Vid. F. CAHILL, “Drafting Contracts for Fast Track Projects...”, pp. 216-220; W. R. SQUIRES/M. J. MURPHY, “The Impact of Fast Track Construction...”, pp. 58-64; J. B. TIEDER/R.K. COX, “Construction Management...”, pp. 51-53

construcción, teniendo en cuenta que éste requiere una fragmentación del proyecto en fases con el fin de permitir el inicio de las obras conforme se termina la elaboración de los planos correspondientes a cada sección, son sin lugar a dudas las dos últimas, esto es, el contrato *design & build* y el contrato de *Project Manangement*⁵⁷.

57. Pero, también, cabe recurrir a otro tipo de contrato especialmente idóneo para estructurar jurídicamente el método acelerado de construcción, el denominado *Frame Contract* o *contrato marco*. Éste, tradicionalmente utilizado en Holanda para la realización de grandes proyectos, permite a las partes, aunque el proyecto en su conjunto esté elaborado de forma vaga y genérica, establecer de forma detallada y precisa el mecanismo contractual,- en el que se incluye como parte esencial el sistema de determinación de precios-, al que deben ajustarse los demás contratos sucesivos que, posteriormente, se celebren para la ejecución de las distintas partes en las que ha quedado fraccionado el proyecto⁵⁸.

58. No obstante, cuando el cliente decide utilizar el proceso acelerado de construcción, recurre generalmente a un contrato *design & build* en tanto que a través de éste se atribuye la responsabilidad por la concepción y la construcción de la obra así como la coordinación de todos los trabajos a una sola persona, evitándose de esta manera “la verdadera complicación de las relaciones contractuales (...) que (...) resulta de la atribución de las misiones de concepción y de ejecución a distintos participantes, unidos al cliente a través de contratos separados”.⁵⁹ Pero también sucede a la inversa, es decir, generalmente, el método *design & build* implica la utilización por parte del contratista del proceso acelerado de construcción por el control que éste ejerce sobre los planos y especificaciones de la obra. Tanto uno como otro son métodos de construcción por etapas o *Forms of Phased Construction*, también denominados, *Phased Delivery Strategy*, algo que explica su especial vinculación⁶⁰.

c) Project Management

59. Otro método al que puede recurrir el cliente, especialmente cuando decide realizar un proyecto complejo y de grandes dimensiones, es al denominado *Project Management*. Esta técnica, surgida en Estados Unidos en la década de los sesenta acuciada por la crisis sentida en el sector de la construcción y por la confianza que ya por entonces se profesaba a los métodos de dirección estrechamente vinculados a la Harvard Business School, ha sido objeto, al igual que otros métodos de construcción no convencionales, de transposición al ámbito del comercio internacional⁶¹.

60. El *Project Management* ofrece al cliente la posibilidad de atribuir las funciones de supervisión, dirección y coordinación del proyecto en su conjunto a una entidad, denominada *Project Manager*, que a través de sus servicios tiende a conseguir el máximo control y una consecuente reducción del tiempo y de los costes implicados en la ejecución de la obra. A través de este método, el cliente conser-

⁵⁷ Vid. F. CAHILL, “Drafting Contracts for Fast Track Projects...”, pp. 211 y 212.

⁵⁸ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 280 y 281; J. J. GOUDSMIT, “Frame Contracts...”, pp. 117 y 118.

⁵⁹ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 279.

⁶⁰ Vid. R. D. CONNER, “Contracting for Construction Management Services”, *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 5 y ss., esp. p. 11; J. B. TIEDER/R. K. COX, “Construction Management...”, p. 44.

⁶¹ Esta figura de origen norteamericano surgió en la década de los sesenta teniendo como telón de fondo un periodo de inflación persistente. Al igual que otros nuevos métodos organizativos de la construcción, entre los que se encuentra el sistema «*design & build*» o el «llave en mano», el *Project Management* vio condicionada su aparición por la necesidad imperante sentida en el sector de la construcción de adaptarse a las nuevas características del mercado, especialmente, a la naturaleza cada vez más amplia y compleja de los proyectos que quedaba automáticamente reflejada en un incremento inevitable del tiempo requerido para su ejecución y, consecuentemente, en un aumento del precio que quedaba a merced de los adversos efectos de la inflación y de los cambios fluctuantes de los tipos de interés. De ahí que todos estos métodos hayan surgido como métodos alternativos al sistema tradicional o convencional de construcción. Vid. M. F. LUNCH, “New Construction Methods...”, pp. 87 y 88; J. SWEET, “The Architectural Profession responds to Construction Management and Design-Build: The Spotlight on AIA Documents”, *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 69 y ss.

va el control necesario sobre el proyecto pero limitando a su vez, y esta es la ventaja que le reporta, su participación diaria en el mismo⁶².

61. En relación al método tradicional o convencional, el *Project Management* supone la participación en el proceso de construcción de una cuarta persona, el *Project Manager*, que asume determinadas funciones que, habitualmente, se atribuyen, según los casos, al cliente, al ingeniero y/o al contratista. En este sentido, cabe afirmar que lo realmente novedoso de este método, no es tanto la misión que desempeña el *Project Manager* sino, más bien, la fusión de funciones en una sola persona que a través del mismo tiene lugar⁶³.

62. En la práctica, son empresas especializadas de ingenieros consultores integradas por un equipo multidisciplinar las que generalmente actúan como *Projects Managers* gestionando el proyecto conforme a los plazos, calidad y costes exigidos por el cliente. En EE.UU, sin embargo, también pueden prestar este tipo de servicios los contratistas, los ingenieros e, incluso, el propio personal del cliente. En tales casos, debe prestarse especial atención no sólo al grado de especialización y cualificación requerida para actuar en calidad de *Project Manager* sino también a los posibles conflictos de intereses que pueden surgir como consecuencia de la asunción por una misma persona (ingeniero/arquitecto o contratista) de dos funciones distintas dentro de un mismo proyecto⁶⁴. Esta misma situación explica que, en aquel país, existan, en función del sector profesional implicado, diferentes términos para designar este método de realización de proyectos. Aunque la expresión más arraigada sea la de *Construction Management*, frecuentemente, se utiliza también como sinónima la de *Project Management*, especialmente, cuando son los ingenieros los que prestan los mencionados servicios⁶⁵. Sin embargo, en la *praxis* del comercio internacional no cabe establecer esta similitud por la mayor amplitud con la que ha quedado configurado el concepto de *Project Management*.⁶⁶

⁶² Vid. W R. SQUIRES/M.J. MURPHY, "The Impact of Fast Track Construction and Construction Management...", p. 65.

Bajo el término de *Project Management* se engloba una gama de servicios dirigidos, básicamente, a proporcionar una mayor eficacia organizativa al sector de la construcción. Ahora bien, la aparente claridad de este concepto resulta engañosa puesto que las diversas aplicaciones que éste recibe en la práctica, si bien confieren una amplia flexibilidad a esta figura, hacen muy difícil, por no decir imposible, la tarea de ofrecer una definición general y universalmente aceptada como tal. A ello contribuyen el hecho de que no exista una regulación legal al respecto ni unas condiciones generales aceptadas por los profesionales del sector y que, en la práctica, las partes implicadas desarrollen, frecuentemente, sus propios conceptos conforme negocian el contrato en función de las características del proyecto y de las necesidades del cliente que, generalmente, se traducen en parámetros tales como la finalidad del proyecto, el coste, la calidad y el tiempo. Sobre la inexistencia de una definición unánime coinciden la mayoría de los autores, *vid.*, *ad ex.*, R. D. CONNER, "Contracting for Construction Management...", pp. 5 y 6 y pp. 9 y 11; I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, p. 416; M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", p. 83. Este último autor expresa muy gráficamente la falta de consenso en torno a la definición de esta figura al decir que: "The one, and probably only, area of agreement regarding construction management is that there is no consensus as to what it is, what it ought to be, and how it should be applied".

⁶³ Vid. S. D. BYNUM, "Construction Management...", p. 26; R. D. CONNER, "Contracting for Construction Management...", p. 5; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. -391.

⁶⁴ En efecto, en EE.UU no existe una determinación definitiva sobre quién pueda ofertar este tipo de servicios. De tal forma que, en principio, estos pueden ser prestados indistintamente por el cliente, por el arquitecto o ingeniero o por empresas constructoras. En este sentido, cabe señalar que la ejecución de tales servicios por el cliente será un planteamiento muy deseable si éste tiene la organización y el personal con la experiencia necesaria. Por el contrario, cuando es un arquitecto, ingeniero o contratista el que actúa como *Project Manager*, el cliente deberá considerar cuidadosamente la capacidad de estos profesionales para proporcionar tales servicios junto a sus servicios normales de elaboración de planos, ingeniería o construcción, respectivamente, puesto que puede ser que un simple arquitecto, ingeniero o contratista no posea la pericia necesaria para suministrar de forma efectiva la actividad que implica el *Project Management*. De ahí que estén siendo las empresas especializadas en este sector, generalmente integradas por ingenieros consultores, las que de forma más fiable y con un mayor grado de profesionalidad y pericia en la materia, ofrezcan este tipo de servicios destinados a gestionar y controlar el desarrollo de todas o algunas de las fases del proyecto. *Vid.* S. D. BYNUM, "Construction Management...", p. 27; R. D. CONNER, "Contracting for Construction Management...", p. 8; M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", pp. 86-91.

⁶⁵ Vid. M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", p. 84.

⁶⁶ Teniendo en cuenta que esta figura surge como alternativa al tradicional contrato de construcción en el que las funciones de supervisión, coordinación, dirección y control son asumidas por los distintas partes implicadas en la construcción -el comitente o su representante, el arquitecto o ingeniero y, respecto a la subcontrata, generalmente, el contratista-, cabe afirmar que la novedad de la misma no estriba tanto en su contenido sino más bien en la atribución de esas funciones a una única y sola entidad, persona física

63. Bajo el término de *Project Management*, se engloba una gama muy variada de servicios dirigidos a proporcionar un mayor control sobre cada una de las fases del proyecto desde su inicio hasta su ejecución final. Aunque éstos pueden variar de un caso a otro, dependiendo de las características del proyecto en cuestión y de las necesidades concretas del cliente, cabe afirmar que el *Project Manager* asume siempre *dos funciones básicas*: por una parte, programar y gestionar el proyecto y por otra, coordinar todos los trabajos implicados en la realización de la obra *sin asumir ninguna participación en la ejecución material* de la misma. Junto a éstas, dentro del *Project Management* quedan incluidos otros servicios como: a) los *servicios de ingeniería* (realización de estudios de viabilidad económica, de financiación, de impacto medioambiental y/o de mercado, establecimiento de un sistema de control de mano de obra-programas-presupuesto-planos); b) la *tramitación del proyecto* (solicitud de autorizaciones administrativas necesarias para la construcción, preparación de los documentos de licitación y, en su caso, contratación en nombre y por cuenta del cliente de los contratistas especializados, control de materiales); c) *servicios de vigilancia y supervisión técnica* (valoración de los trabajos conforme a los planos, la mano de obra y los materiales, examen continuo de la calidad y cantidad de los trabajos y certificación de los mismos); d) de gestión de la construcción o *project construction management* (dirección de los trabajos de los contratistas, mediciones, control de materiales, protección y seguridad en el trabajo); y e) finalmente, también pueden proporcionarse *servicios de asistencia técnica* (formación de personal, asistencia en la puesta en funcionamiento).⁶⁷

Aunque el *Project Manager* puede encargarse también de la concepción del proyecto, lo más habitual es que ésta corra a cargo de un ingeniero independiente que, entonces, actuará bajo las órdenes del primero, viendo así reducidas considerablemente sus funciones habituales. En tales casos, se requiere la colaboración de ambos tanto en la elaboración de la ingeniería de detalle (*value engineering*) como en la posible fragmentación del proyecto en fases (*fast track construction*).⁶⁸

o jurídica, que intervendrá en todas o algunas de las fases del proyecto, asumiendo en cada una de ellas distintas obligaciones entre las que se encuentran las que, desde la antigüedad, integran lo que en un sentido estricto se denomina *construction management* o dirección de obra. Sobre esta distinción que diferencia los términos de *Project Manager* y *Construction Management*, vid., ad ex., R. CONNER, "Contracting for Construction...", p. 5; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 391.

Conviene tener en cuenta, además, que al llevarse a cabo la transposición de esta figura en el ámbito del comercio internacional, se ha preferido el concepto de *Project Management* por ser empresas de ingenieros consultores o consejeros la que, principalmente, ofrecen estos servicios. Por eso, no es de extrañar que ni la escasa doctrina ni los contratos-tipo que existen al respecto no hagan referencia al término de *Construction Management* sino al de *Project Management*. Vid., ad ex., I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, pp. 416 y 417; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 389 y ss.

⁶⁷ Entre las funciones básicas que puede asumir el *Project Manager* en las distintas fases del proyecto cabe citar las siguientes:

A) *Fase del ante-proyecto*. En ésta, el *Project Manager* ofrece los servicios de un ingeniero consultor, es decir: a) realización de estudios de viabilidad económica (definición del proyecto, análisis del impacto medioambiental, comparación de sistemas alternativos para la fabricación de un determinado producto teniendo en cuenta el coste del proyecto y el del producto en el mercado, comparación de métodos de construcción así como de materiales de construcción que permitan una gran calidad al menor tiempo, etc...); b) asesoramiento en materia financiera en función de la complejidad del proyecto, fluctuaciones de los sistemas monetarios internacionales, inflación etc...; c) asesoramiento y consejo al cliente en la selección de los planos en caso de no ser proporcionados por el *Project Manager*, teniendo en cuenta la ingeniería conceptual o de base; d) obtención de información y, dado el caso, solicitud de las autorizaciones, que eventualmente puedan ser necesarias para la ejecución del contrato o contratos, a los órganos administrativos correspondientes.

B) Una vez aprobado el proyecto, se procede a la elaboración de la *ingeniería de detalle*, es decir a la división del proyecto en distintas áreas o partes especializadas (electricidad, aire acondicionado, sanitarios, etc...). Aquí la función del *Project Manager* es la de coordinar todos estos planos y la de realizar todos los actos inherentes a todo proceso de adjudicación pasando, finalmente, a la celebración de los contratos correspondientes, bien en su nombre y por cuenta propia, bien en nombre y por cuenta del cliente.

C) *En la fase de ejecución*, sus funciones serán las de elaboración del *planning*, coordinación de los trabajos de las demás partes contratantes, supervisión de las obras, certificaciones de pago, ordenes de modificación, etc...

D) Finalmente, puede también intervenir en la *fase de puesta en funcionamiento y mantenimiento del proyecto construido*, ofreciendo servicios de asistencia técnica tales como: preparación de manuales, selección del personal local, impartición de seminarios destinados a la formación del mismo etc.... A través de estas prestaciones, puede tener lugar una verdadera transferencia de tecnología, lo que entre otras razones, hace a esta figura muy atractiva para la realización de grandes proyectos en países en vías de desarrollo. Para una información más detallada sobre las funciones que puede desempeñar el *Project Manager* en las distintas fases del proyecto, vid., ad ex., R. D. CONNER, "Contracting for Construction...", pp. 6-8 y pp. 20 y 21; M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", pp. 83-86; S. D. BYNUM, "Construction Management...", pp. 26 y 27.

⁶⁸ El *Project Manager*, como ya se ha señalado, centra su actividad generalmente en torno a proyectos complejos y de larga duración en los que asume, básicamente, las funciones u obligaciones de gestión, dirección, supervisión y coordinación

64. Desde el punto de vista jurídico, el *Project Management* implica generalmente la celebración de contratos separados entre el cliente y cada uno de los sujetos que intervienen en la ejecución del proyecto, -*Project Manager*, ingeniero, en su caso, y demás contratistas especializados-. No obstante, también cabe la posibilidad de que el cliente celebre un contrato con el *Project Manager* y, en su caso, otro con el ingeniero, delegando al primero la facultad de contratar a los contratistas necesarios para la fase de construcción de la obra.

En cualquier caso, mediante el *Project Management* el proyecto queda dividido en segmentos especializados, algo que unido a la estructura jurídica sobre la que descansa facilita el recurso al proceso acelerado o *fast track construction*.⁶⁹

65. En virtud del contrato que le vincula al cliente, el *Project Manager* se obliga a prestar por cuenta o encargo de éste, todos o parte de los servicios anteriormente mencionados relativos a la gestión y coordinación del proyecto. Éste, además, está facultado generalmente para contratar en nombre y por cuenta del cliente todos los contratos necesarios para la ejecución de la obra (suministro de materiales, utillaje, construcción, etc...), siendo necesaria en estos casos la previa autorización escrita del cliente.

Es importante tener en cuenta que, el *Project Manager* no asume responsabilidad alguna frente al cliente por las partes de obra que no hayan sido proyectadas por él o bajo su responsabilidad, salvo que ésta se derive, claro está, de las decisiones adoptadas y las instrucciones dadas por éste en la ejecución de sus propios servicios. Precisamente es esta limitación de responsabilidad, la que permite distinguir al *Project Manager*, cuando asume junto a sus funciones de gestión, dirección y coordinación, la concepción de la obra y se encarga de contratar a los contratistas especializados, del contratista «llave en mano». A diferencia de éste último, el *Project Manager* no actúa como contratista sino como mandatario del cliente (*agent*), y no asume, en ningún caso, la responsabilidad global inherente a todo contrato de construcción «llave en mano». La mayor garantía que en la práctica ofrece el *project manager* al cliente es la denominada *guaranteed maximum price* (GMP), es decir, aquella en virtud de la cual éste se compromete a que el coste del proyecto no sobrepase la cantidad determinada inicialmente en el contrato, siendo responsable de cualquier exceso de la mencionada cantidad.⁷⁰

d) Los contratos «*design & build*», «producto en mano» y «mercado en mano».

66. Los agentes económicos implicados en el sector de la construcción internacional, haciendo uso de la libertad de contratación, han ido creando y adaptando a sus propias necesidades diferentes fórmulas contractuales que, aunque difieren en cuanto a su contenido, tienen como punto en común fusionar en una sola persona las prestaciones inherentes a toda operación de construcción, -la concepción y la ejecución de la obra-, a través de un único contrato. Dentro de estas figuras contractuales, se incluyen, entre otras, los contratos «*design & build*», los contratos «llave en mano», los contratos «producto en mano» y los contratos «mercado en mano», que en este mismo orden sucesivo suponen una ampliación progresiva de las obligaciones asumidas por el contratista.

de todos los trabajos implicados en la construcción desde la fase inicial hasta la final. De esta manera, se consigue un mayor control y una consiguiente reducción del tiempo y de los costes en beneficio, siempre, del cliente. De ahí que no sea aconsejable su participación en la concepción, especialmente en la elaboración de los planos, ni en la ejecución ni en el suministro de materiales y/o equipos, por el conflicto de intereses que podría originarse así como por la extensión de responsabilidad que tales tareas llevaría consigo. Basta pensar en el supuesto en que el *Product Manager* que ha intervenido en la fase del ante-proyecto y elaboración de los planos, participe también en la ejecución de parte de las obras, para darse cuenta de la relativa imparcialidad con la que desempeñaría su deber de diligencia y consejo técnico. Vid. M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", p. 88.

⁶⁹ Vid. S. D. BYNUM, "Construction Management...", p. 26

⁷⁰ Generalmente, los servicios del *Project Manager* se remuneran a través de un honorario o cuota fija, algo que, en cierta medida influye en la calificación jurídica de su contrato con el cliente como un contrato de mandato. No obstante, cabe la posibilidad de que el PM además de recibir a cambio de sus servicios un honorario, se comprometa a garantizar que el coste del proyecto no excederá de una determinada cantidad respondiendo, en su caso, de los costes sobrepasados. En este sentido, incluso se ha llegado a establecer una clasificación de los contratos de *Project Management* según incorporen o no una *Guaranteed Maximum Price*. Vid. R. D. CONNER, "Contracting for Construction...", p. 9; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 399; M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", p. 85.

67. Así, mediante el contrato «*design & build*», que del Derecho anglosajón ha pasado a adquirir en el ámbito internacional sustantividad propia, el contratista se obliga a concebir y ejecutar el proyecto industrial conforme a las necesidades y exigencias del cliente. Las prestaciones que se derivan, por tanto, de este contrato se circunscriben a la operación de construcción propiamente dicha. No se incluyen dentro de su contenido, como en el caso de los contratos «llave en mano», obligaciones ajenas a la misma como la puesta en funcionamiento de la instalación o la formación de personal. Partiendo de esta diferencia de contenido existente entre ambos contratos, cabe afirmar que mientras un contrato «*design & build*» no puede equipararse nunca a un contrato «llave en mano», éste sin embargo engloba siempre las obligaciones derivadas del primero⁷¹. Algo que, por otra parte, es lógico si se tiene en cuenta que, en el ámbito internacional, el contrato «*design & build*» ha servido de base a la configuración de los contratos internacionales de construcción «llave en mano», al igual que éstos han sido el punto de referencia para la creación de otras figuras contractuales como son el contrato «producto en mano» y el contrato «mercado en mano».

68. Estos dos últimos contratos, surgidos también en la práctica comercial, han sido especialmente promovidos por los países en vías de desarrollo ante la sentida necesidad de paliar las deficiencias derivadas de los contratos «llave en mano» como instrumento puesto al servicio del desarrollo. En efecto, en la década de los setenta y teniendo como telón de fondo el *Nuevo Orden Económico Internacional*, determinados países vieron en los contratos «llave en mano» un medio jurídico idóneo para establecer los cimientos de una infraestructura industrial sin que fuese necesario a tal fin poseer previamente unos conocimientos y una capacidad técnica determinada⁷².

69. No obstante, la práctica y la experiencia se han encargado de poner en evidencia, con el paso del tiempo, que la falta de desarrollo tecnológico por parte del cliente impide alcanzar este objetivo a través de los contratos «llave en mano». Algo que, por otra parte, no debe sorprender si se tiene en cuenta que el verdadero objeto de los contratos «llave en mano» no es la iniciación tecnológica o industrial del cliente sino la concepción, construcción y puesta en funcionamiento de una planta industrial determinada, y ello, con independencia de que el contrato contenga obligaciones sobre asistencia técnica y/o de formación de personal puesto que, en ningún caso, se garantiza un resultado sobre las mismas⁷³.

⁷¹ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international*..., pp. 284-293.

⁷² Vid. G. FEUER/H. HASSAN, *Droit international*..., p. 361.

⁷³ El fracaso de los contratos «llave en mano» en la consecución de este concreto objetivo de los países en vías de desarrollo -adquisición de una capacidad tecnológica propia- se ha observado tanto en los denominados por la doctrina contratos «llave en mano» clásicos como en los contratos «llave en mano» amplios. En los primeros, la transferencia de tecnología puede tener lugar en tres momentos de la vida del contrato: 1º) en la fase de concepción del proyecto, puesto que los conocimientos técnicos transmitidos al receptor a través de una serie de documentos (planos, instrucciones, dibujos, etc...) pueden serle de una gran utilidad para proyectos futuros, siempre y cuando, este último esté en condiciones de poder explotarlos, circunstancia esta que habitualmente no reúnen los países en vías de desarrollo; 2º) antes de la recepción provisional de la obra, en tanto que el contratista se compromete a garantizar al cliente a través de la realización de una serie de pruebas tanto la calidad de los bienes de equipo y maquinaria antes de ser expedidos como su correcto funcionamiento a pie de obra, y asimismo, se compromete, durante un lapso de tiempo que suele cambiar de un contrato a otro, a garantizar que la planta industrial construida puede producir efectivamente las cantidades y calidades previstas en el contrato; 3º) desde la recepción provisional hasta la definitiva, el contratista se limita a ofrecer una garantía mecánica de la planta construida, de tal forma que cabe considerar legítimamente que el contratista «llave en mano» cumple con sus obligaciones contractuales incluso si al día siguiente de la recepción provisional, el cliente es incapaz de explotar su fábrica. En los denominados contratos «llave en mano» amplios, en los que se incorpora una obligación de asistencia técnica en materia de formación de personal y explotación de la planta industrial o fábrica correspondiente, el mecanismo de garantías del contratista frente al cliente permanece inalterado, y ello, por la simple razón de que estas prestaciones inmateriales ocupan un lugar marginal en el contrato. En efecto, su ejecución tiene lugar tras la recepción provisional, momento éste en que el contratista no ofrece ninguna garantía de resultado sino que se limita a cumplir con el número de horas previsto según el programa preestablecido en el contrato. Además, el precio de las mismas no se incluye en el precio alzado del contrato. De ahí que pueda afirmarse que la presencia de prestaciones de asistencia técnica no altera la concepción tradicional del contrato «llave en mano» y que en los casos de incompetencia técnica del cliente, estos contratos resultan inadecuados para alcanzar los objetivos de los países en vías de desarrollo. Vid. J. JEHL, *Le commerce international*..., pp. 439-442; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels*..., pp. 107 y 108; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»*..., pp. 57-60.

70. Ahora bien, esto no significa que a través de los contratos «llave en mano» no se transfiera tecnología, -ésta tiene lugar a través de la elaboración de la ingeniería de base y de detalle, la documentación técnica necesaria para el funcionamiento de la instalación y, en su caso, a través de la formación del personal local *in situ* o en el establecimiento del contratista-, sino más bien que éstos resultan inadecuados en los casos de incompetencia tecnológica del receptor, pudiéndose afirmar en este sentido, que “sólo las empresas que están en posición de asimilar la tecnología incluida en la operación pueden hacer de este tipo de contratos un medio de adquisición del *savoir technique*”⁷⁴. De ahí que, los países en vías de desarrollo, en su afán por alcanzar sus objetivos económicos, hayan ideado otras fórmulas contractuales como el «producto en mano» y el «mercado en mano», tomando como referencia el contrato «llave en mano» pero adaptándolo a sus propias necesidades.

71. De los contratos «*producto en mano*», que surgen en el contexto internacional como una concretización del *Nuevo Orden Económico Internacional*, se ha llegado a decir que representan “una reivindicación política de una transferencia completa y efectiva de tecnología”⁷⁵. Esto explica que su objeto principal sea la transferencia de los conocimientos y de la capacidad técnica necesaria para explotar una unidad industrial⁷⁶.

A través de ellos, el contratista se obliga frente al cliente no sólo a concebir, ejecutar y entregar en funcionamiento una determinada instalación industrial sino también a garantizar una producción específica, en cantidad, precio y calidad, con personal local que él mismo previamente ha formado. El contrato «producto en mano» engloba, por tanto, dos operaciones esenciales: por una parte, la concepción y construcción de una unidad industrial, y por otra, la transferencia de la capacidad tecnológica necesaria para su explotación⁷⁷.

72. Es, precisamente, esta responsabilidad del contratista por alcanzar una determinada producción con dotación local, la que los diferencia de los contratos «llave en mano» en tanto que ésta sólo se extingue cuando la instalación se hace operativa con personal local del cliente. En el contrato «producto en mano», las prestaciones específicas de asistencia técnica y formación de personal quedan configuradas como verdaderas obligaciones principales, razón que explica que éstos se adapten mejor que los contratos «llave en mano» a las necesidades de los países en vías de desarrollo⁷⁸.

⁷⁴ Vid. J. JEHL, *Le commerce international*..., p. 442.

⁷⁵ Vid. G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international*..., pp. 362 y 363; PH. KAHN, “L’essor du non-droit...”, p. 242; *id.*, “État du droit...”, p. 107; J. JEHL, *Le commerce international*..., p. 443.

⁷⁶ Vid. R. BERMEJO, *Vers un nouvel ordre*..., p. 370; J. JEHL, *Le commerce international*..., pp. 442-444.

⁷⁷ Vid. M. BUBISSON, *La négociation des marches*..., p. 176; I. DÜNNWEBER, *Vertrag zur Erstellung einer Schlüsselfertigen Industrieanlage*..., p. 11; J. JEHL, *Le commerce international*..., p. 445; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»*..., p. 83; J. SCHAPIRA, “Les contrats internationaux...”, p. 34.

⁷⁸ En los contratos «producto en mano», la transferencia de tecnología tiene lugar a través de tres fases sucesivas: en el momento de la recepción definitiva, en el periodo de gestión inicial y en la fase de recepción de fin de gestión. A diferencia de lo que sucede en los contratos «llave en mano», la recepción provisional deja de ser el momento en que se aprecia el cumplimiento de las obligaciones del contratista, en su lugar, se comprueba, por parte del personal del contratista, la capacidad técnica y mecánica de la fábrica construida. El momento más importante en los contratos «producto en mano», a efectos de responsabilidad jurídica, es el de la recepción definitiva pues en él se verifica la capacidad de funcionamiento de la unidad industrial con personal local y, además, se inicia el periodo de garantía de la obligación de formación y asistencia técnica asumida por el contratista. Durante el periodo de gestión inicial, cuya duración varía de unos contratos a otros, el personal del cliente ha de alcanzar los resultados acordados contractualmente. Finalmente, la fase de recepción de fin de gestión tiene lugar cuando el personal local puede por sí mismo asegurar el funcionamiento de la fábrica, verificándose de esta manera, que ha tenido lugar una efectiva transmisión de la capacidad tecnológica necesaria para la explotación de la unidad industrial correspondiente.

Los contratos «producto en mano» aportan, indudablemente, a los países en vías de desarrollo mayores garantías de producción y formación de personal que los contratos «llave en mano», pero encuentran también mayores obstáculos en la práctica para poder llevarse a cabo. Baste pensar en la dificultad de encontrar, en la actualidad, una empresa que pueda asumir obligaciones de tan magna amplitud y relevancia, y, aunque fuese así, resulta cuanto menos legítimo dudar de que la celebración de este tipo de contratos fuese compatible con cualquier política empresarial. Esto explica que, en la práctica, este tipo de contratos estén siendo utilizados en el ámbito de tecnologías de base -cementos, confituras, etc.- pero no, en el de tecnologías avanzadas. Vid. J. JEHL, *Le commerce international*..., pp. 442-448; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d’ensembles industriels*..., pp. 108-110; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»*..., pp. 45 y pp. 60-70; J. SHAPIRA, “Les contrats internationaux...”, pp. 32-37.

73. No obstante, los considerables riesgos que bajo los contratos «producto en mano» ha de asumir el contratista, entre ellos, no sólo los derivados de sus propios conocimientos técnicos sino también los derivados de los conocimientos técnicos del cliente, conducen en la práctica o bien a limitar su utilización al ámbito de tecnologías poco sofisticadas, o bien a ser utilizados por grandes empresas multinacionales con el riesgo añadido, en este último caso, de que éstos se conviertan en un instrumento de integración empresarial, algo que, por lo demás, truncaría el objeto principal del contrato «producto en mano»: la adquisición de independencia tecnológica⁷⁹.

74. Finalmente, existen también otro tipo de contratos, los contratos «mercado en mano», en los que el contratista «llave en mano» asume, a su vez, la obligación o de comercializar los productos derivados de la instalación industrial o de comprar todos o parte de los mismos⁸⁰.

75. Estos contratos forman parte del denominado comercio compensatorio o *countertrade*. Bajo esté término se engloba en el ámbito internacional toda una gama de actividades de comercio recíproco que tienen en común vincular dos transacciones comerciales: una, de exportación y otra, de importación en las que cada una de las partes en ellas implicadas actúa tanto de comprador como de vendedor. Una de las finalidades fundamentales que persigue el *countertrade* es la de permitir a determinados países, especialmente, aquellos en vías de desarrollo con monedas no convertibles, escasez de divisas y considerablemente endeudados, que financien sus importaciones a través de exportaciones y mantengan equilibrada, de esta forma, su balanza de pagos⁸¹.

76. Entre las principales formas de compensación internacional cabe citar las siguientes: a) La *permuta* o *barter*, que se presenta como la forma más sencilla de comercio de compensación puesto que ambas transacciones, de exportación e importación, se contienen en un único contrato de ejecución simultánea sin que intervenga, por tanto, ninguna cantidad de dinero efectivo. Ésta formula es de gran utilidad para aquellos países que hayan agotado su reserva de divisas y que no tengan acceso a facilidades de crédito. No obstante, este tipo de operación sólo se podrá llevar a cabo cuando coincidan en calidad y cantidad los productos ofertados y demandados por cada una de las partes contratantes. b) La *compensatoria* o *counter-purchase*. En este tipo de acuerdos, el exportador vende productos o suministra servicios y accede mediante otro contrato a realizar compras recíprocas en un país determinado. Consiste, por tanto, en dos contratos paralelos pero separados, uno de venta y otro de contracompra, vinculados por un protocolo y sometidos a condición suspensiva. A diferencia de la compensación industrial y la «recompra», las mercancías intercambiadas en virtud de esta dos operaciones no tienen por que guardar ninguna relación. c) La *compensación industrial* o *buy-back*, se utiliza generalmente, en la realización de proyectos a gran escala -transferencia de tecnología o construcción de plantas industriales-, e implican la obligación por parte del vendedor o suministrador de comprar parte de los productos resultantes. Suelen concluirse sobre la base de contratos «llave en mano» y «producto en mano». d) La *contrapartida* u *offset*, en la que se incluyen los *contratos de co-producción* en virtud de los cuales una empresa privada participa en la realización de un proyecto industrial en un país determinado, bien suministrando bienes que tendrán que ser incorporados en el producto final vendido al país comprador (empresa privada), o bien colaborando en la fabricación y *marketing* de los productos, algunos de los cuales serán vendidos a la empresa participante. En este tipo de acuerdos es frecuente la creación de una *joint-venture* o empresa conjunta. También forman parte de este tipo de compensación, los denominados *clearings* y *switches*.

⁷⁹ Vid. G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international...*, p. 363; J. JEHL, *Le commerce international...*, p. 448.

⁸⁰ Vid. J. DELACOLLETTE, *Les contrats...*, p. 48; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'endebles industriels...*, p. 113; S. YOUNG y otros, *Penetración y desarrollo...*, p. 275.

⁸¹ Vid. R. F. BERTRANS, "Countertrade and the Third World", en Aa.Vv., *International Law and Development*, Dordrecht/Boston/London, 1988, pp. 213 y ss.; J. DELACOLLETTE, *Les contrats...*, pp. 82-84; A. FRIGNANI, "Countertrade", en *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged Buy-Out, Hardship Clause, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising, Know-How*, Torino, 1993, pp. 429 y ss.; M^a J. MENENDEZ ARIAS, "El comercio compensatorio internacional (countertrade)", *Derecho de los Negocios*, 1994, pp. 25 y ss.; CL. M. SCHMITTHOFF, "Countertrade", *J. Bus. L.*, 1985, pp. 115 y ss; S. YOUNG y otros, *Penetración y desarrollo...*, pp. 314-326.

Los primeros son aquellos acuerdos bilaterales intergubernamentales que tienden a mantener equilibrada tanto la balanza bilateral comercial como la balanza de pagos, evitando el uso de moneda extranjera. Los segundos, son fruto de acuerdos bilaterales desequilibrados, cuyos excedentes van a ser compensados a través del recurso del exportador-comprador (deudor en la primera relación, acreedor en la segunda) contra un tercer país deudor de similares o iguales mercancías, en base a otro acuerdo *clearing*.

77. Los inconvenientes que en la práctica encuentran los contratos «mercado en mano», especialmente, la negativa de las compañías de seguros a la exportación de financiar operaciones no pagadas por completo en divisas o la dificultad de distribución de los productos por falta de especialización en la materia y, consecuentemente, el consiguiente recurso a una empresa especializada, hacen más aconsejable la celebración de dos contratos separados: un contrato «llave en mano» para la construcción de la instalación industrial y otro para la comercialización de los productos de ella derivados que, generalmente, adquirirá la forma de un acuerdo de compensación industrial o *buy-back* ⁸².

e) La cláusula «llave en mano»

78. En el *Common Law*, a diferencia de lo que sucede en el Derecho continental, se desconoce la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Este hecho unido a la innegable influencia ejercida por el Derecho anglosajón en la configuración de los contratos internacionales de construcción, explica que sea frecuente encontrar en éstos una cláusula, denominada cláusula «llave en mano»⁸³, que tiene por objeto establecer que el contratista se compromete frente al cliente a alcanzar un resultado determinado y que, por tanto, está obligado a realizar todo lo que sea necesario aunque no esté expresamente indicado en el contrato⁸⁴.

79. En los contratos «llave en mano» este tipo de cláusulas, que pese a su denominación no son exclusivas de los contratos «llave en mano», cumplen además una función complementaria: sirven para precisar la descripción tan genérica que del proyecto presenta el contratista al cliente al iniciarse el contrato⁸⁵. De esta manera, se intentan evitar los posibles litigios que puedan derivarse de la asunción o no por parte del contratista de determinadas obligaciones cuyo carácter no siempre va a estar muy claro⁸⁶.

⁸² Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 115.

⁸³ La cláusula «llave en mano» puede encontrarse en algunos contratos redactada bajo la siguiente forma: "Contractor's obligations under this contract shall be performed on a turnkey basis. Consequently all items of the works, equipment and plant not expressly provided in the contractual documents and specifications, but which are required for an appropriate, efficient, stable and/or safe erection, operation and maintenance of the works, the fulfillment of the contractor's guarantees, and/or other undertakings shall be executed by contractor, and be considered as included and covered by the lump sum price, as though same have been expressly stated in the contract", (vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, p. 85).

⁸⁴ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 85-87; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 282 y 283.

⁸⁵ En este sentido, la *Guía Jurídica CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* establece que: "en el caso de un contrato «llave en mano» (...) la descripción general del objetivo de la construcción puede complementarse con una disposición contractual adicional que obligue al contratista a efectuar cualquier prestación relacionada con la construcción que, aunque no se haya descrito concretamente, resulte necesaria o habitual, teniendo en cuenta la capacidad de producción de la instalación que se haya convenido" (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guía Jurídica...*, New York, 1988. p. 57).

⁸⁶ Del contrato «llave en mano» se deriva para el contratista una obligación de resultado que tiene por objeto la coordinación y ejecución global del conjunto de prestaciones que hagan posible su consecución -la instalación y puesta en funcionamiento de la instalación industrial-, y que es consecuencia de la calidad de proyectista asumida por el mismo en este tipo de contratos (vid. L. COSTET, "Les contrats...", p. 562). No obstante, conviene precisar que estamos en presencia de un contrato atípico, cuyo régimen jurídico deberá ser determinado teniendo en cuenta no sólo las particularidades del mismo -aspectos financieros, económicos y políticos- sino también la regulación legal de las figuras contractuales a las que se aproxima -básicamente, contrato de ingeniería (engineering)/contrato de obra o empresa-. De igual modo y con el mismo fin, sería conveniente no perder de vista la distinción doctrinal, respaldada hoy en día jurisprudencialmente por la mayoría de los sistemas de Derecho civil comparado, entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, dadas sus importantes consecuencias en materia de imputación de responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación así como respecto a la carga de la prueba, y que encuentra en este terreno, esto es, en la determinación del régimen jurídico de los contratos atípicos, un ámbito de aplicación potencial.

80. Aunque esta cláusula «llave en mano» no puede considerarse como un elemento esencial del contrato, es aconsejable su inclusión en el mismo por proporcionar un mayor grado de seguridad y certeza jurídica tanto a las partes contratantes como a los órganos jurisdiccionales o arbitrales encargados de resolver las posibles controversias derivadas del contrato⁸⁷.

f) Los proyectos BOT

81. La fórmula BOT (*Build-Operate and Transfer*) también conocida con las siglas BOOT (*Build-Own-Operate and Transfer*), es una nueva técnica de financiación de proyectos (*Project Financing*), especialmente de infraestructuras u obras públicas -puentes, túneles, autopistas, etc...- a través de la cual el sector público, desde no hace mucho tiempo a esta parte, viene desplazando hacia el sector privado una actividad de la que tradicionalmente venía haciéndose cargo recurriendo a sus propios fondos. Esta privatización se ha visto potenciada por la recesión económica iniciada ya en la década de los ochenta así como por la consecuente necesidad de los distintos Estados de reducir el déficit público y la dificultad de reactivar el sector de la construcción⁸⁸.

A diferencia de las financiaciones clásicas de inversión, en las que la realización de la operación se aprecia respecto a la solvencia y a la salud financiera de la empresa beneficiaria del crédito, los proyectos BOT constituyen “una operación en la que los créditos y el conjunto de los recursos negociados están asegurados por los *cash flows* derivados del mismo proyecto”⁸⁹.

⁸⁷ El contrato «llave en mano» es uno de esos contratos en los que, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia francesa, junto a las obligaciones principales -en este caso, las de concepción, construcción y puesta en funcionamiento de una determinada instalación industrial- pueden distinguirse obligaciones accesorias de medios y/o de resultado, que complementan el contenido contractual expresamente pactado. Afirmación esta que no sería más que una consecuencia lógica de la aplicación, en el caso del Derecho español, del art. 1258 Cc., y por citar otro ejemplo, el de su homólogo francés, el art. 1.135 *Code Civile*. En este sentido, puede afirmarse que la cláusula «llave en mano» vendría por una parte, a reflejar expresamente en el contrato esta prolongación de su contenido, por lo demás, prevista en los textos legales, y por otra, a reforzar la naturaleza de la obligación global de resultado asumida por el contratista dependiendo, en última instancia, su inclusión en el contrato del posible ejercicio que hagan las partes de la autonomía de la voluntad.

En los sistemas de Derecho anglosajón, sin embargo, la introducción en el contrato de una cláusula «llave en mano» tiene por objetivo principal establecer de manera expresa, ante la ausencia de una categoría jurídica similar a una obligación de resultado, todas las prestaciones y responsabilidades a las que queda sometido el contratista puesto que, en su defecto, sólo queda el recurso a la interpretación de la voluntad de las partes (*vid.* A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 86 y 87). Esto explica, como ya ha señalado parte de la doctrina, que la cláusula «llave en mano» pueda encontrarse en cualquier contrato de construcción que no sea necesariamente un contrato «llave en mano» puesto que, en última instancia, a lo que se hace referencia es a una obligación de resultado. *Vid.* P. GLAVINIS, *Le contrat international ...*, p. 282.

⁸⁸ Entre los factores que han influido en este proceso de privatización y, consecuentemente, en la creación de esta nueva técnica de financiación de proyectos cabe señalar: la crisis generalizada del sector de la construcción y del mercado de los bienes de equipo como consecuencia de la recesión económica iniciada en la década de los ochenta; la dificultad de los gobiernos de atender las demandas de su industria local y el deseo de los mismos de hacer partícipes en la financiación de tales proyectos al sector privado, algo que ya venía siendo frecuente en los países anglosajones, especialmente, en U.S.A. y Reino Unido. Por otro lado, también ha influido en la evolución y multiplicación de este tipo de financiación de proyectos la mejora experimentada por determinados países en desarrollo, como Asia y Latinoamérica, cuyo incremento en la calidad del nivel de vida ha ido aparejado de un aumento de las necesidades en materia de infraestructuras.

Sobre los proyectos BOT, *vid.*, J. D. APPIAH, “Infrastructure Projects: BOT Projects Developed Country Structuring”, *Int. Bus. Law.*, 1991, pp. 206 y ss.; E. COULOMB, “Financement de projets: le vent en poupe”, *Banque*, 1995, pp. 64 y ss.; U. DRAETTA, “Il Project Financing nella prassi del commercio internazionale”, *Dir. com. int.*, 1994, pp. 495 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 252 y ss.; D. LAMETHE, “Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d’investissement”, *JDI*, 1998, pp. 45 y ss.; A. MERNA/H. PAYNE/N. J. SMITH, “Benefits of a Structure Concession Agreement for Build-Own-Operate-Transfer («BOOT») Projects”, *ICLR*, 1990, pp. 32 y ss.; F. NICKLISCH, “The BOT Model-The Contractors Role as Builder-Contract Structure, Risk Allocation and Risk Management”, *ICLR*, 1992, pp. 425 y ss.; K. R. NIELSEN, “Trends and Evolving Risks in Design-Build, BOT and BOOT Projects”, *ICLR*, 1997, pp. 188 y ss.; N. PRITCHARD, “Operating and Maintenance Agreements - The Poor Relation Amongst Project”, *ICLR*, 1996, pp. 291 y ss.; J. SCRIVEN, “A Banking Perspective on Construction Risks in BOT Schemes”, *ICLR*, 1994, pp. 313 y ss.; S.W. STEIN, “Build-Operate-Transfer (BOT). A Re-evaluation” *ICLR*, 1994, pp. 101 y ss.; P. TERRILE, “L’azione dell’UNCITRAL in materia di Build-Operate-Transfer Project Financing”, *Dir. com. int.*, 1995, pp. 361 y ss.; G. VERVERIOTIS, “The Concession Agreement (BOT) Legislation-Recent Developments”, *ICLR*, 1994, pp. 55 y ss.; G. VINTER, *Project Finance*, 2ª ed., London, 1997; CL. VISCO, “Il Project Finance e le convenzioni arbitrali”, *Dir. com. int.*, 1994, pp. 131 y ss.; CH. WALKER/A. SMITH, *Privatised infrastructure: the BOT approach*, London, 1995; G. WESTRING, “Arlandaban-A Swedish Experiment in Selecting a BOT Contractor Using Public Procurement Procedures”, *ICLR*, 1997, pp. 151 y ss.

⁸⁹ *Vid.* E. COULOMB, “Financement de projets...” p. 65.

82. Esta nueva técnica de financiación está siendo utilizada básicamente para la realización de *proyectos de naturaleza comercial o proyectos productivos*, es decir, aquellos cuya financiación recae en última instancia sobre los destinatarios finales de los mismos, que pueden ser o bien los consumidores del producto derivado de la unidad industrial, o bien los usuarios del servicio ofrecido por el complejo construido⁹⁰.

83. Aunque el BOT está adquiriendo una gran difusión en el ámbito de los *proyectos de infraestructuras*, sobre todo en los países industrializados, concretamente entre los países miembros de la OCDE -baste citar, como ejemplos, el canal del Danubio, el *Great Belt Bridge* de Dinamarca, los túneles a través de los Alpes Suizos o el túnel bajo el Canal de la Mancha- no se limita exclusivamente a los mismos sino que se extiende también a los *proyectos de ingeniería industrial y de servicios públicos* -alcantarillado, instalaciones de gas, etc...- encontrando en el comercio internacional como utilitarios potenciales a los países menos desarrollados y muy especialmente a los «renovados» países del Este⁹¹.

84. La compleja y sofisticada estructura jurídica de los proyectos BOT se sustenta sobre dos pilares básicos: por una parte, la creación *ex novo* de una entidad, denominada *Project Company* y por otra, la celebración de un contrato de concesión (*Implementation Agreement o Concession Agreement*).

- a) *La constitución de la Project Company* tiene lugar una vez que el Estado interesado en la realización de un proyecto BOT, ha seleccionado a través de un concurso público a las empresas cuyas ofertas sobre financiación, construcción y explotación han resultado ser las más ventajosas. En el capital de esta nueva empresa, generalmente una empresa conjunta, que goza de personalidad jurídica propia y que actúa como concesionaria, suelen participar otros sujetos como inversores independientes, organizaciones internacionales de desarrollo e, incluso, el mismo Estado, si bien es cierto que la aportación de éste último suele ser minoritaria.
- b) A través del *contrato de concesión*, la entidad concesionaria se obliga a financiar, construir y explotar la obra durante el periodo de concesión acordado, que ha de ser el suficiente para cubrir costes y beneficios, y finalmente transferirla al beneficiario final, esto es, al Estado. Este acuerdo de concesión constituye la pieza clave de los proyectos BOT puesto que, en él, no sólo se establecen las relaciones de base entre la entidad concedente y la entidad concesionaria, -tales como la duración de la concesión, el precio y el método de determinar el pago de los productos finales, las condiciones relativas a las modalidades de gestión, explotación y manutención así como las condiciones relativas a la transferencia de propiedad-, sino que también se perfila el marco jurídico en el que deberán desenvolverse el resto de las relaciones jurídicas consecuencia de su propia aplicación, especialmente, los acuerdos de financiación y los contratos de construcción y explotación⁹².

85. Esto explica que cierto sector de la doctrina haya propuesto la elaboración de un contrato modelo o *standard* relativo al acuerdo de concesión sobre el que se basa todo proyecto BOT⁹³. Haciéndose eco de estas propuestas, la UNIDO (*United Nations Industrial Development Organization*) ha elaborado una guía, *Guidelines for the Development, Negotiating and Contracting of BOT Projects* (1996). Pero, su carácter tan general ha alentando en el seno de otra organización internacional, la UNCITRAL (*United Nations Commission for International Trade Law*), el desarrollo de otros trabajos complementarios que contemplan aspectos más específicos y problemáticos de los proyectos BOT. De ahí que la atención se haya centrado en aspectos tales como los parámetros generales que deben de inspirar las legislaciones nacionales sobre la materia, los procedimientos de adjudicación de la concesión y la negociación de los instrumentos contractuales que integran esta compleja operación, con especial referencia al contrato o acuerdo de concesión⁹⁴.

⁹⁰ Vid. J. D. APPIAH, "Infraestructure Projects...", p. 206; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 256 y 257.

⁹¹ Vid. R. A. SHADBOLT, "Contracting for construction projects with the U.S.S.R.", *ICLR*, 1990, pp. 379 y ss., esp. p. 385.

⁹² Vid. C. VISCO, "Il Project Finance...", pp. 133-141.

⁹³ Vid. A. MERNA/H. PAYNE/N.J. SMITH, "Benefits of a structured Concession Agreement...", pp.33 y ss.

⁹⁴ Vid. UNCITRAL, *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, 2001.

86. En determinadas ocasiones, cuando son varios los Estados interesados o al menos implicados en la realización de una obra ubicada en una zona transfronteriza, se hace necesaria, como requisito previo a la conclusión del contrato de concesión, la celebración de un tratado internacional de carácter bilateral o multilateral, según el número de Estados implicados, en el que éstos manifiesten su autorización y su voluntad de cooperar en la ejecución del proyecto en cuestión y en el que se establezca un régimen jurídico básico en materia de competencia territorial. Por regla general, estos convenios prevén la creación de un órgano intergubernamental al que se le confiere la misión de velar por el buen desarrollo de la operación⁹⁵. Como ejemplos, cabe citar el Tratado de 1986 celebrado entre Francia y Gran Bretaña relativo a la construcción del Túnel bajo el Canal de la Mancha⁹⁶ o, el Acuerdo entre España y Francia para la construcción de un puente sobre el río Major⁹⁷.

87. Una vez celebrado el contrato de concesión, la empresa concesionaria ha de hacer frente a cuatro operaciones esenciales en todo proyecto BOT. Por una parte, ha de buscar *financiación con cargo al proyecto*, es decir, aquella que se concierta con las entidades bancarias con el objeto de cubrir los gastos de construcción de la obra y realizar la inversión necesaria para iniciar la explotación. Se trata de una financiación limitada que en ningún caso cubre todo el proyecto y cuya concesión ésta condicionada por la capacidad de autofinanciación y rentabilidad de la obra a realizar, capacidad que debe quedar debidamente justificada en los estudios de viabilidad económica y financiera presentados por la entidad concesionaria a la entidad bancaria correspondiente⁹⁸. Por otra parte, debe hacerse cargo de la *construcción* de la obra, de su *explotación* y, finalmente, de la *transferencia de la propiedad*, que no tiene por qué coincidir necesariamente con la finalización del periodo de concesión sino que puede tener lugar con anterioridad al mismo⁹⁹.

88. En los proyectos BOT, la construcción de la obra se lleva a cabo generalmente sobre la base de un contrato «llave en mano» a precio alzado, en virtud del cual el contratista responde frente al cliente de la concepción, la ejecución y la puesta en funcionamiento de la obra en cuestión. No obstante, el hecho de quedar integrado en un proyecto heterogéneo mucho más amplio le confiere al contrato «llave en mano» unas *características peculiares*. Así, respecto a las partes contratantes intervienen de un lado, como cliente, la entidad concesionaria y, de otro, el contratista, generalmente un grupo de empresas extranjeras y locales con participación en el capital de la primera. Ahora bien, esta doble condición del contratista «llave en mano» -de contratista y de cliente al mismo tiempo- lleva aparejado un inevitable conflicto de intereses, cuya falta de previsión esta predestinado a crear ineludibles litigios, especialmente en materia de responsabilidad por costes adicionales¹⁰⁰. Por otra parte, y respecto al objeto del contrato, éste debe de adaptarse a

⁹⁵ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 435 y ss., esp. pp. 438-443.

⁹⁶ Vid. *Traité entre la République Française et le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-manche*, JDI, 1988, pp. 207 y ss.

⁹⁷ Vid. Acuerdo relativo a la construcción de una nueva vía fronteriza entre Massenet de Cabrenys (España) y Coustouges (Francia) con un paso superior sobre el río Major entre el département des Pyrénées-Orientales et la Généralité de Catalogne, *BOE*, núm. 274, de 16 de noviembre de 1994.

⁹⁸ Junto a ésta, otra fuente de financiación en los proyectos BOT es la que procede del capital aportado a la empresa conjunta como entidad concesionaria por parte de los distintos sujetos interesados en la realización del proyecto, principalmente: los promotores, cuya participación suele ser mayoritaria; el Estado que, a diferencia de los anteriores, realiza generalmente una aportación mínima; frecuentemente, aunque no necesariamente, las distintas empresas que participan en la ejecución del proyecto -constructores, suministradores de equipos, sociedad gestora, etc...-; aquellos inversores públicos o privados interesados en la realización del proyecto en cuestión; y, en última instancia, aunque no es muy usual puesto que se limitan generalmente a intervenir como prestamistas de los demás miembros de la entidad concesionaria, los Bancos.

⁹⁹ Vid. J. D. APPIAH, "Infraestructure Projects...", p. 207; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 253.

¹⁰⁰ En los proyectos BOT, los contratos «llave en mano», por sus especiales características, se adjudican generalmente, aunque no siempre, de forma directa, es decir, sin necesidad de acudir a un concurso público de ofertas. Esta regla general queda confirmada cuando la empresa constructora es, a su vez, miembro de la empresa conjunta que actúa de comitente o dueña de la obra. En estos casos, el contratista «llave en mano» es a su vez cliente, lo que hará surgir determinados conflictos de intereses puesto que su objetivo principal como contratista será la realización de la obra proyectada según precio, calidad y tiempo, pero como cliente, por tanto como inversor del proyecto, buscará, ante todo, que la obra se ejecute dentro del presupuesto acordado previamente y que responda a la calidad requerida para su rentabilidad. Este problema surge especialmente en los supuestos en los que la empresa constructora no está muy vinculada con la empresa conjunta y en los que por determinadas circunstancias se incurre en gastos adicionales -como, por ejemplo, los derivados de la fuerza mayor; de las ordenes de modificación de los

los términos y condiciones del contrato de concesión, circunstancia ésta que va a repercutir inevitablemente en la concreta concepción, ejecución y, en su caso, calidad de la obra en tanto que ésta deberá ceñirse estrictamente a los términos de la financiación que previamente se hayan acordado. Finalmente, otro rasgo característico del contrato «llave en mano» cuando forma parte de un proyecto BOT, lo constituye el hecho de que el Estado o Estados implicados se reserven determinados derechos de supervisión y control sobre las obras, de tal forma que sin llegar a convertirse en verdadero cliente, permanece en la sombra, llegando a intervenir incluso en el momento determinante de la recepción. Algo, por otra parte, lógico si se tiene en cuenta que el Estado en cuestión será el propietario final¹⁰¹.

89. En los proyectos BOT, el contrato de construcción «llave en mano» no se presenta como el contrato principal sino que éste, siempre a la luz del contrato de concesión, y junto a otras prestaciones de no menos importancia, como las de financiación y explotación, forma parte de un conglomerado jurídico mucho más amplio y complejo del que se ha llegado a decir que “es la mejor demostración de una operación compleja que reúne en un sólo conjunto las operaciones, estrechamente ligadas, de financiación, de construcción y de explotación de un gran proyecto de infraestructura”¹⁰².

f) Los contratos de *engineering*

90. Finalmente, también existe un sector de la doctrina que tiende a incluir los contratos «llave en mano» entre los contratos de «*engineering*». No obstante, para poder enjuiciar lo acertado o desacertado de esta apreciación, es necesario hacer una referencia, aunque de forma somera, al concepto, características y clases de esta última tipología contractual.

91. Los contratos de «*engineering*», cuya denominación evidencia su origen, han sido objeto en los últimos años de una extendida utilización en el ámbito del comercio internacional y de una adaptación a otros ordenamientos jurídicos nacionales¹⁰³. La explicación de esta rápida difusión se encuentra en la combinación de dos factores estrechamente interrelacionados: por una parte, la creciente complejidad y heterogeneidad de los proyectos industriales y por otra, la creación y expansión de las denominadas empresas de ingeniería¹⁰⁴.

trabajos; por retrasos causados por litigios relativos a la construcción, etc...-. La cuestión principal que surge, entonces, es la de determinar quién responde de tales gastos. De ahí que para evitar este conflicto en los proyectos BOT, sea conveniente la mayor vinculación posible entre la persona que construye y el cliente. En aquellos casos, en los que ésta no sea posible, habrá que acudir a la negociación entre las partes implicadas, tan habitual en materia de construcción, al menos, hasta que no se ofrezca una mejor solución al problema a través fundamentalmente de la previsión contractual.

¹⁰¹ Es característico en los proyectos BOT, que en el contrato de concesión y no en el de construcción, se prevea la creación de un órgano de aceptación o Acceptance Committee para la recepción de la obra. Vid. J. D. APPIAH, “Infrastructure Projects...”, p. 207; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 262-265.

¹⁰² Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 231.

¹⁰³ Sobre los contratos de *engineering*, vid., ad ex., G. ALPA, “I contratti di «engineering»”, en P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, vol.11-IV, Torino, 1984, pp. 71 y ss.; R. CAVALLO BORGIA, *Il contratto di engineering*, Padova, 1992; Commission Economique pour l’Europe, *Guide pour la rédaction des contrats internationaux d’ingénierie-conseil y compris certains aspects connexes d’assistance technique*, Nations Unies, (ECE/TRADE/145, núm. venta: F.83.II.E.3), New York, 1983; A. CRIVELLARO, “Appalti internazionali: Il ruolo dell’engineer”, *Dir. com. int.*, 1987, pp. 201 y ss., esp. 234 y ss.; J. HOFFMANN/G. WILLMA, “Les contrats internationaux en matière d’ingénierie-conseil”, *Rev. dr. aff. int.*, 1985, pp. 721 y ss.; A. HUBERT, *Le contrat d’ingénierie conseil*, 2ª ed., Paris, 1984; M. MARTINEK, *Moderne...*, pp. 309 y ss.; I. REIG FABADO, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 2008.

¹⁰⁴ La evolución que, desde sus orígenes, ha experimentado el sector industrial, concretamente en lo que a la instalación de fábricas se refiere, ha tenido un fiel reflejo en los propios servicios ofertados por los profesionales de la ingeniería. Desde el siglo XVII hasta nuestros días, la construcción de instalaciones industriales ha experimentado, como cualquier otro sector de la economía, un notable desarrollo. Baste recordar que las primeras fábricas no eran más que el resultado de la elaboración de un proyecto, la erección de la correspondiente edificación y, finalmente, de la instalación de la correspondiente maquinaria necesaria para su puesta en funcionamiento. Pero, la proyección industrial ha ido haciéndose cada vez más compleja en la medida en que han aparecido en el mercado nuevos procesos de producción y nuevas tecnologías, y correlativamente, han ido haciéndose cada vez más necesarios un mayor número de conocimientos técnicos de diversa naturaleza.

Las propias exigencias del mercado han provocado de un lado, la ampliación de las funciones tradicionales del ingeniero -concepción, supervisión y dirección del proyecto- a otras como la realización de estudios de financiación, mercado, rentabili-

En el desarrollo de su actividad empresarial, estas sociedades ofertan una gama variada de servicios entre los que se incluyen el asesoramiento y consejo en materia de ingeniería, la elaboración de estudios de factibilidad o pre-inversión y la realización de proyectos sobre instalación y organización de empresas industriales. En cualquier caso, la puesta en práctica de todas o algunas de estas operaciones lleva aparejado un inevitable y variado despliegue contractual puesto que la distinta naturaleza de estas prestaciones conduce a celebrar diferentes clases de contratos.

92. En este contexto, se sitúan como una nueva técnica negocial los contratos de *engineering*¹⁰⁵. A través de ellos, una parte (la empresa de ingeniería) se compromete frente a otra (denominada cliente) a elaborar, dirigir y supervisar un proyecto, e, incluso, si así se ha pactado, a ejecutar la obra proyectada, pudiendo asumir, en determinadas ocasiones, junto a las demás obligaciones, las de mantenimiento y gestión de la obra ejecutada¹⁰⁶. A pesar de que en la práctica negocial, los contratos de *engineering* pueden llegar a presentar un contenido distinto, se observa un *denominador común*: de todos ellos se deriva una obligación de resultado, -ya sea simple o global, ya consista en la elaboración de un proyecto y/o en su ejecución-, cuyo cumplimiento corre a cargo de una entidad empresarial dentro de la cual la actividad del profesional individual se despersonaliza¹⁰⁷.

93. Dentro de esta categoría contractual, la doctrina, recogiendo los usos y prácticas comerciales, suele distinguir dos subespecies: los contratos de *consulting-engineering* y los contratos de *commercial-engineering*¹⁰⁸.

94. Mediante los contratos de *consulting-engineering*, la empresa de ingeniería consultora se obliga frente al cliente a actuar como consejera técnica “para establecer los planos y especificaciones del proyecto, examinar las propuestas de los empresarios y suministradores que ejecutarán los trabajos, así como para inspeccionar y supervisar esos trabajos”, todo ello, a cambio de un precio. El objeto tí-

dad y organización empresarial, y de otro, el desbordamiento de la capacidad del especialista individual para hacer frente a un determinado tipo de proyectos, así como el surgimiento de las denominadas empresas de ingeniería que agrupan en su seno a diferentes especialistas en este sector. Vid. TH. HASSLER, *Les contrats internationaux de construction...*, p. 11.

¹⁰⁵ En estas páginas, se mantiene el término anglosajón de *engineering* de un lado porque en este sector concreto del comercio internacional, el inglés se considera la lengua oficial y auténtica, y de otro, porque es, precisamente, este ámbito el que aquí se analiza. Todo ello, sin perjuicio, de que en esa adaptación que de dicho contrato se ha operado en distintos ordenamientos nacionales, se haya optado por traducirlo al idioma correspondiente.

¹⁰⁶ Vid. G. ALPA, “Il contratti...”, p. 72.

¹⁰⁷ La doctrina coincide en señalar que los contratos de *engineering* son aquellos que tienen por objeto una obligación de resultado, que puede consistir en la simple elaboración de un proyecto o cualquier otra obra de carácter inmaterial o, incluso, en la ejecución material del mismo proyecto, que, a su vez, es asumida por una empresa de ingeniería, en la que prevalecen el carácter organizativo e industrial sobre el trabajo personal del especialista individual. Vid., *ad ex.*: G. ALPA, “Il contratti...”, p. 72; A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 171 y 172; TH. HASSLER, *Les contrats de construction...*, p. 12.

¹⁰⁸ Esta clasificación no es más que un fiel reflejo de la propia evolución de la que ha sido objeto la noción de *engineering*, que se ha visto ampliada considerablemente en los últimos años. Si en sus orígenes, con este término se hacía referencia a prestaciones de carácter intelectual -concepción, asesoramiento, suministro de ideas- fundadas en un estudio general y un estudio detallado de un proyecto, posteriormente, y al menos en lo que concierne a los contratos de construcción de instalaciones industriales, se han abarcado otras prestaciones como el control y la supervisión de la obra proyectada hasta llegar a comprender otras prestaciones materiales como la ejecución de la obra y el suministro de materiales. Sobre esta evolución del concepto de ingeniería, vid.: G. ALPA, “Il contratti...”, p. 73; J. HANSENNE, “De l’*engineering* à la fourniture de complexes clé sur porte”, en *Les contrats d’engineering*, Liège, 1964, p. 21; P. LEBOULANGER, *Les contrats...*, p. 17.

En este sentido y atendiendo a las funciones que la ingeniería puede cumplir, se distingue entre: ingeniería consultora o simple que comprende todas aquellas actividades destinadas a la realización de estudios, informes, proyectos técnicos u organizativos, así como la supervisión y dirección de las obras, con exclusión de todo suministro de materiales y/o equipos y de toda participación en la ejecución de la obra, y de ingeniería comercial o compleja, que implica junto a las demás prestaciones, una participación en la fase de ejecución del proyecto, bien a través del suministro de materiales, bien a través de la construcción de la obra previamente proyectada. Vid. TH. HASSLER, *Les contrats de construction...*, pp. 23-28. Por su parte, J. DELACOLLETTE, siguiendo el mismo criterio de distinción, menciona otro tipo de ingeniería: ingeniería de procedimiento (*process engineering*), que hace referencia a la elaboración tecnológica de un procedimiento de producción (*Les contrats...*, p. 71).

Desde el punto de vista jurídico, es importante no confundir entre la actividad social de las empresas de ingeniería en cualquiera de sus modalidades (ingeniería consultora, comercial o de procedimiento), los servicios que abarca cada una de ellas y los contratos utilizados para dar cumplimiento a los mismos.

pico de estos contratos es, sin lugar a dudas, la elaboración completa de un proyecto, lo que implica la realización de las diversas prestaciones correspondientes a las distintas fases en las que se subdivide el proyecto por parte de la empresa de ingeniería. El hecho de que a estos contratos se les denomine contratos de ingeniería consultora, no debe sin embargo inducir a pensar que todos los contratos celebrados por una empresa de ingeniería consultora pueden ser calificados como tales, y tampoco debe conducir a la consideración de que todos ellos son, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, contratos de servicios o de asistencia.

95. Por su parte, los denominados contratos de *commercial-engineering* tienen por objeto junto a la realización de una obra inmaterial típicamente intelectual, otras prestaciones materiales como el suministro de materiales y equipos y /o la ejecución de la obra proyectada¹⁰⁹. No obstante, es necesario matizar que esta última clase de contratos surge en un contexto muy delimitado, esto es, en aquellos supuestos en los que la sociedad de ingeniería forma parte de un grupo de empresas dentro del cual existe, a su vez, una empresa constructora o de suministros de materiales, que será la que realmente realice las prestaciones materiales.

96. Cuando esta situación tiene lugar, es decir, cuando las empresas de ingeniería actúan en el ámbito de la ingeniería comercial, suelen instrumentalizar jurídicamente las operaciones que la integran a través de contratos «llave en mano». En este supuesto, se hace muy difícil, si no imposible, distinguir entre la actividad empresarial que se pretende desarrollar y la propia naturaleza del contrato puesto que ambas coinciden¹¹⁰. Sólo en este sentido, cabe hablar de contratos «llave en mano» como contratos de *engineering*, sin que ello signifique hacer una equiparación jurídica de los mismos. No se puede olvidar que la esencia de los contratos «llave en mano», no reside en la cualidad de las partes contratantes sino en la obligación global (de concebir, ejecutar y dejar en funcionamiento la obra proyectada) que es asumida por una de ellas, ya sea una empresa de ingeniería o una empresa constructora, ya sea una empresa pública o privada.

2. Características

97. En el comercio internacional, los contratos de construcción gozan de unas características específicas y singulares que fundamentan su propia sustantividad jurídica y les distancian de cualquier concepción tradicional de Derecho interno. Se trata de una serie de rasgos que justifican su peculiar régimen jurídico y que, a pesar de la heterogeneidad y diversidad de formas contractuales que existen en la práctica, están presentes en todas y cada una de ellas.

A) Características de los contratos internacionales de construcción en general

98. De estos rasgos generales y comunes a todo contrato internacional de construcción, destaca, en primer lugar, el factor de *internacionalidad*. En efecto, el hecho de que la obra tenga que ser ejecutada en un país distinto de aquel al que pertenece la empresa constructora incide ya no sólo sobre el Derecho aplicable, -autonomía conflictual-, o sobre el mecanismo de resolución de litigios, -generalmente, ADR (*Alternative Dispute Resolution*) y el arbitraje comercial internacional-, sino también sobre el propio

¹⁰⁹ Vid. G. ALPA, "I contratti...", p. 73. No obstante, existen algunos autores que consideran que cuando una empresa de ingeniería se compromete a participar en la construcción del proyecto, ésta se guía más por intereses comerciales que profesionales, excluyendo por tanto esta clase de operaciones del concepto de la ingeniería propiamente dicha. En este sentido, vid. P. LEBOULANGER, *Les contrats...*, p. 17 y bibliografía allí citada. Dejando a un lado estas disquisiciones terminológicas, lo cierto es que, inevitablemente, la obligación asumida por parte de la sociedad de ingeniería de ejecutar materialmente los trabajos de construcción, por sí o por un tercero y/o de suministrar los materiales y equipos, influye en la misma naturaleza del contrato convirtiéndose respecto al simple contrato de *engineering* en un contrato complejo integrado por prestaciones de diversa naturaleza, en el que predomina lógicamente, el carácter comercial. Aún así, la obligación principal que se deriva del contrato sigue siendo de resultado.

¹¹⁰ Incluso, hay quienes utilizan el término de *engineering* «clé sur porte» o *engineering* «clé en main», para referirse al contenido del contrato de *engineering*, concretamente a las obligaciones que puede asumir el ingeniero. Vid. G. ALPA, "Il contratti...", p. 82; A. BRABANT, *Le contrat international...*, p. 172.

contenido del contrato en el que se incluyen una serie de prestaciones como, por ejemplo, el transporte internacional o la transferencia de divisas que, sin embargo, no forman parte del régimen jurídico de los contratos de construcción de Derecho interno.

99. En segundo lugar, y respecto a los sujetos que intervienen en los contratos internacionales de construcción como partes principales, cabe afirmar que éstos son, básicamente, dos: el cliente, generalmente, un *Estado o empresa pública*, y el contratista. Ahora bien, en el ámbito internacional, factores tales como la complejidad técnica de los proyectos, el gran coste de su financiación y la propia competencia y concurrencia entre las diversas empresas constructoras, hacen casi inevitable la constitución de grupos de empresas o *joint ventures*¹¹¹ así como el recurso a la subcontratación¹¹².

100. En este último contexto, es muy habitual, además, la presencia de los denominados *nominated-subcontractors*, esto es, subcontratistas designados o impuestos por el cliente al contratista para la realización de determinadas prestaciones contractuales¹¹³. Aunque en un principio, este tipo de sub-

¹¹¹ La decisión que conduce a dos o más empresas a constituir de forma momentánea un grupo o consortium de empresas con el fin de reunir los medios necesarios que les permitan responder a la invitación de ofertas y, consecuentemente, realizar en las mejores condiciones un proyecto de construcción específico, puede estar presidida por criterios técnicos, -complejidad del proyecto-, comerciales, -eliminación de la concurrencia-, o legales, -política restrictiva del país dónde se ejecuta la obra frente a inversores extranjeros-, lo que conduce a la inevitable asociación con empresas locales-. Generalmente, la constitución del grupo de empresas tiene lugar con anterioridad a la sumisión de presentación de ofertas, siendo entonces habitual que a la constitución propiamente dicha del grupo preceda la celebración de un acuerdo preliminar entre las empresas interesadas que, habitualmente, contiene la mayoría de las cláusulas que, posteriormente, en caso de que sea aceptada la oferta, se introducirán en el acuerdo definitivo. No obstante, puede tener lugar, también, en el momento de concluir el contrato o, incluso, ser posterior al mismo. En cualquier caso, la constitución de un grupo de empresas implica la existencia de dos contratos: el que rige las relaciones internas del grupo y el que rige las relaciones entre el grupo y el cliente, y que no es otro sino el contrato de construcción. En el primero, -convención del grupo-, se determina la naturaleza y objeto del grupo; se establece la organización y funcionamiento de la nueva entidad y se fijan las modalidades de repartición de responsabilidades entre los miembros. En este sentido, cabe señalar que los grupos de empresas constructoras persiguen un objeto limitado en el tiempo puesto que su razón de ser desaparece una vez construida la obra. De ahí que, habitualmente, se recurra a formas estatutarias sin personalidad moral. Por otra parte, también es frecuente que queden constituidos como grupos de empresas horizontales y que entre todas las empresas sea nombrada una como jefa del grupo para que actúe como mandataria frente al cliente.

Finalmente, en materia de responsabilidad cabe afirmar, de forma general, que en sus relaciones internas los miembros del grupo de empresas responden personalmente mientras que frente al cliente, el grupo asume una responsabilidad solidaria. *Vid.* J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, pp. 40 y 41; R. H. GARB, "Practical Considerations in International Construction Joint Venturing for the Practitioner", *ICLR*, 1988, pp. 248 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 340-355; E. HERZFELD, "Co-operation Agreements in Corporate Joint Ventures", *J. Bus. L.*, 1983, pp. 121 y ss.; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 198-201; W. LLOYD-SCHUT, "Construction Joint Ventures: EEC Competition Aspects", *ICLR*, 1992, pp. 3 y ss.; H. MÜNCH, "Betriebsstättenbegründung durch Überwachung von Bau- und Montagetätigkeiten", *RIW*, 1995, pp. 930 y ss.; M. STRAUBE, "Joint-Venture Groups", *Int. Bus. Law.*, 1985, pp. 131 y ss.

¹¹² En los contratos internacionales de construcción, el recurso casi inevitable a la subcontratación está justificado doblemente: de un lado, por la complejidad técnica de la obra; de otro, porque la financiación requerida sobrepasa, generalmente, la capacidad de una sola empresa. Es más, incluso, si ésta tiene capacidad financiera para asegurar la ejecución del proyecto intentará buscar otras empresas con las que compartir los riesgos.

En un principio, el contratista, sea individual o sea un grupo de empresas, es totalmente libre para confiar las prestaciones contractuales que estime convenientes a uno o varios subcontratistas siempre y cuando estos estén presentes, ya, en la fase de sumisión de ofertas. En el caso contrario, es práctica habitual que el contratista obtenga el consentimiento o autorización del cliente. En determinados contratos-tipo, como por ejemplo el *Libro rojo* (1999) de la FIDIC, el incumplimiento de esta obligación por parte del contratista, fundamentada en última instancia en el carácter *intuitu personae* del contrato principal, puede dar lugar a la rescisión unilateral del contrato (*vid.* sub-cláusula 4.4, cláusula 5 y sub-cláusula 15.2); en otros, sin embargo, simplemente se prevé la obligación del contratista de informar al cliente de los subcontratos celebrados.

¹¹³ Los denominados *Nominated sub-contracts* son un método para la selección de subcontratistas por parte del cliente, propio del Reino Unido y de determinados países de la *Commonwealth*, que está siendo utilizado, también, en el ámbito del comercio internacional. En su concepción originaria, y según una abundante jurisprudencia que desde el siglo XIX existe en torno a esta figura, el contratista una vez que ha aceptado al subcontratista designado por el cliente responde de igual forma que si se tratase de cualquier otro subcontratista. Sin embargo, en determinados contratos-tipo y condiciones generales del Reino Unido, desde hace algún tiempo, se viene desplazando del contratista al cliente la responsabilidad por los retrasos causados por los subcontratistas designados en la ejecución de la obra así como los costes derivados de la restitución de los mismos. Tendencia ésta que se ha visto respaldada por la jurisprudencia anglosajona a partir de dos célebres casos: *Jarvis c. City of Westminster* y *Bickerton c. North West Metropolitan Hospital Board*. En el primero de ellos, la *House of Lords* admitió una extensión del plazo de ejecución al contratista como consecuencia de los retrasos causados por los *nominated sub-contractors*; en

contratación tan habitual en los contratos internacionales de construcción, no limita la responsabilidad del contratista, -ya sea éste un contratista general o un contratista «llave en mano»-, se viene observando en el comercio internacional una tendencia, cada vez más acentuada, a introducir en los contratos cláusulas de salvaguarda que tienen por objeto trasladar al cliente los riesgos derivados de un cumplimiento defectuoso o moroso de las obligaciones asumidas por los subcontratistas designados¹¹⁴.

101. Por otra parte, y en tercer lugar, estamos ante contratos de *larga duración* tanto en la fase previa a su realización como en la fase de su ejecución. Tal es así que, a veces, el valor económico y, en algunos casos, socio-político que los rodea, da lugar a prolongadas negociaciones cuya duración puede ser superior a un año. En cuanto a su ejecución diferida en el tiempo, se debe, principalmente, a las propias características del proyecto, por regla general, de grandes dimensiones y complejo. En determinados supuestos, especialmente, cuando el cliente es un país en vías de desarrollo, puede prolongarse intencionadamente la duración del contrato como un medio de solventar determinados problemas de política de empleo. En cualquier caso, la larga duración de los contratos internacionales de construcción hace que, en ellos, sea necesaria una estrecha *colaboración y cooperación* entre las partes, no sólo en la determinación de los planos y especificaciones técnicas del proyecto sino también en la solución de los distintos problemas que puedan surgir durante la ejecución del contrato. Este mismo factor temporal explica la presencia de diversos mecanismos contractuales -como, *ad exemplum*, cláusulas de revisión de precios, cláusulas de *hardship*, cláusulas de fuerza mayor, etc...-, cuyo fin, en términos generales, no es otro sino el de salvaguardar el equilibrio de las prestaciones de las partes ante el surgimiento de nuevas circunstancias.

102. Finalmente, los contratos internacionales de construcción son *contratos complejos*, no sólo por su objeto sino, también, por el número de sujetos que intervienen en su ejecución en la que, generalmente, participan los Estados implicados o sus órganos públicos bien como parte en el contrato o bien, a través de diferentes actos como la concesión de autorizaciones administrativas, créditos a la exportación

el segundo, se sostuvo que el cliente estaba obligado a designar un segundo sustituto en caso de destitución de un nominated sub-contractor por parte del contratista, y a correr con los gastos. Este último principio, ha sido seguido, también, por la jurisprudencia australiana en el asunto *Jennings Industries Ltd. c. City of Adelaide*, en sentencia de 1983, de la *Full Court of South Australia (Australian Construction Law Reporter, 1984, pp. 2 y ss.)*. Esta misma tendencia es la que se observa en el ámbito del comercio internacional. *Vid.* I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, pp. 317 y ss.; J. UFF, *Construction Law*, 6ª ed., London, 1996, pp. 100 y 271 y ss.

En este último contexto, las razones que justifican el recurso a los nominated subcontractors son, fundamentalmente, dos: o bien la especialización técnica o profesional de una determinada empresa para ejecutar determinados trabajos o bien la intención del cliente de impulsar a las empresas locales. Los rasgos característicos a los que responde de esta figura son, en lo esencial, los siguientes: a) una vez que han sido aceptados por el contratista, se asimilan a cualquier otro subcontratista, es decir, el contratista responde frente al cliente de todas las prestaciones asumidas, hayan sido ejecutadas por él o por cualquier subcontratista designado o no; b) entre el cliente y los subcontratistas por él designados, no existe vinculación contractual alguna; y c) el pago de tales servicios corre a cargo del contratista, si bien, éste recibe del cliente una remuneración mayor como consecuencia de su labor de coordinación y de gestión. No obstante, si el contratista incumple injustificadamente su obligación de pago, el cliente podrá efectuar directamente el pago, deduciéndose el importe correspondiente de las cantidades debidas por el cliente al contratista. Conviene señalar que este pago directo queda configurado como una facultad del cliente y no como un derecho y que, en determinadas ocasiones, no se prevé en interés de los nominated sub-contractors sino por simples razones fiscales, especialmente, cuando en el país dónde se ejecuta la obra no existe un sistema de impuestos sobre el valor añadido, lo que elevaría, indudablemente, el precio global del contrato. Sobre los *nominated-subcontractors*, *vid.*, U. DRAETTA, "Il Subcontratto internazionale", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, pp. 641 y ss., esp. pp. 658 y 659; O. HALD, "Main-Contractor's Liability for Nominated Sub-Contractors and/or Nominated Products in Danish Law", *ICLR*, 1985, pp. 123 y ss.; E. HERZFELD, "Sub-contracts in Long-term Construction Projects", *J. Bus. L.*, 1984, pp. 226 y ss.; *id.*, "Nominated Subcontractors", *J. Bus. L.*, 1985, pp. 386 y ss.; E. JAYME, "Subunternehmervertrag und Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ)", en *Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1986, pp. 371 y ss.; D.S. JONES, "Nominated Sub-Contractors. Application of the Bickerton Principle in Australia", *ICLR*, 1985, pp. 366 y ss.; F. NICKLISCH, "Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft", *NJW*, 1985, pp. 2361 y ss.; M. E. SCHNEIDER, "International Construction...", pp. 304-308; H. VAN HOUTE, "International Subcontracting", *ICLR*, 1991, pp. 301 y ss.; E. VETTER, "Subunternehmerverträge im internationalen Industrieanlagengeschäft", *RIW*, 1986, pp. 81 y ss.

¹¹⁴ En efecto, en el ámbito internacional, esta limitación de responsabilidad del contratista frente al cliente por las obras, suministros o prestaciones de los subcontratistas designados está, cuanto menos, justificada en contratos como los contratos «llave en mano», en los que el contratista responde globalmente del rendimiento y funcionamiento de una instalación determinada.

o acuerdos de cooperación económica; instituciones internacionales de financiación -tales como, el Banco Mundial o el BEI.-; compañías aseguradoras así como subcontratistas y mano de obra¹¹⁵.

B) Características específicas de los contratos «llave en mano»

103. No obstante, los dos rasgos esenciales de los contratos «llave en mano», de un lado la fusión de las misiones de concepción y ejecución de la obra en una sola persona y la obligación global asumida por el contratista frente al cliente de entregar una fábrica completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento, dotan a estos contratos de unas características particulares¹¹⁶.

104. En primer lugar, conviene precisar que el contrato «llave en mano», a diferencia del contrato tradicional, implica la celebración de *un sólo y único contrato*, el concluido entre el cliente y el contratista. Generalmente, en la elección de este tipo de contratos ejerce una influencia decisiva la tecnología implicada en el proyecto que se pretende realizar y que se va a manifestar no sólo en los planos y especificaciones técnicas sino también en los derechos de propiedad industrial implicados en el proceso de producción y, en determinados casos, en la formación de personal y en la asistencia técnica proporcionada por el contratista.

105. El hecho de que en los contratos «llave en mano», el contratista asuma la concepción y la ejecución de la obra condiciona no sólo el procedimiento de *adjudicación* del contrato, -generalmente, un *procedimiento restringido o negociado*-, sino también la determinación del objeto, que tiene lugar una vez celebrado el contrato, y la función del cliente y la del ingeniero. En efecto, a diferencia de los contratos tradicionales de construcción, en los contratos «llave en mano» la *elaboración detallada del proyecto* tiene lugar *una vez concluido el contrato*, circunstancia ésta que justifica conceder al contratista un derecho a introducir modificaciones en sus planos a su propio coste y riesgo, y siempre que se respeten los parámetros contractuales acordados, -calidad, cantidad de materias primas, rendimientos, etc...-, sin que sea necesaria a tal efecto la previa aprobación del cliente. Esta estructura sobre la que descansa el contrato «llave en mano», que ha venido a revolucionar ciertamente la industria de la construcción, implica, a su vez, una *pérdida de control sobre el proyecto por parte del cliente* y una *reducción considerable en las funciones del ingeniero* que en este tipo de contratos actúa, generalmente, como representante del cliente o como subcontratista de la empresa constructora.

106. Finalmente, la obligación global que se deriva de los contratos «llave en mano» para el contratista influye de manera decisiva en la determinación del precio que no puede ser, como se verá más adelante, más que un *precio alzado*¹¹⁷. También es frecuente que, en este tipo de contratos, el contratista ofrezca financiación al cliente, algo que, generalmente, es factible a través de instituciones nacionales de crédito a la exportación o de los MDB.

3. Naturaleza jurídica

107. Uno de los aspectos más oscuros y controvertidos de los contratos «llave en mano» es, precisamente, su naturaleza jurídica. La relativa novedad de este tipo de contratos unido a la laguna legal existente en torno a los mismos, son factores que, sin lugar a dudas, fomentan esta confusión jurídica.

¹¹⁵ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 65-95, esp. pp. 77-84; J.-M. DELEUZE/C. WEIL, "Coopération entre fournisseurs de procédés industriels et firmes d'ingénierie", *Dr. prat. com. int.*, 1977, pp. 305 y ss.; E. JAYME, "Komplexe Langzeitverträge und Internationales Privatrecht", *IPRax*, 1987, pp. 63 y ss.; F. NICKLISCH, "Besondere Vertragsstrukturen von Bau- und Anlagenverträgen", en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau*, München, 1984, pp. 9 y ss., esp. pp. 10 y 11; M. E. SCHNEIDER, "International Construction...", pp. 285-288.

¹¹⁶ Vid. en las Condiciones FIDIC, cláusula 4 del *Libro Amarillo* (1999), *Libro Plateado* (1999) y *Libro Dorado* (2008).

¹¹⁷ Vid. P. Glavinis, *Le contrat international...*, pp. 283-293, esp. pp. 288 y 289.

108. Que el contrato «llave en mano» sea un contrato complejo y atípico, es algo que no se discute y que encuentra su más sólido fundamento en las distintas prestaciones que integran su contenido. Pero, esta misma complejidad y atipicidad han dado lugar a diversas opiniones doctrinales respecto a su naturaleza jurídica. En este sentido, se observan en el Derecho comparado tres posiciones doctrinales claramente diferenciadas: a) por una parte, la que defiende una *calificación múltiple* del contrato «llave en mano»; b) por otra, aquella que tiende hacia una *calificación única o global*; y c) finalmente, la que basándose en las características del contrato «llave en mano» y teniendo en cuenta el contexto jurídico en el que surge y se desenvuelve, propugna una *calificación autónoma*¹¹⁸.

A) Teoría de la calificación múltiple

109. Los autores que defiende esta teoría parten del carácter complejo del contrato «llave en mano» para pasar seguidamente a considerar que la unidad externa del mismo no impide, con vistas a su calificación jurídica, su fragmentación en tantas categorías jurídicas como prestaciones integran su contenido. De esta forma, el contrato «llave en mano» quedaría sometido a una calificación múltiple o mixta basada en la naturaleza jurídica de cada uno de sus elementos constitutivos, generalmente, uno o varios contratos de venta, de empresa y de servicios, que conservaría su correspondiente régimen jurídico¹¹⁹.

110. Para este concreto sector de la doctrina, el contrato «llave en mano» vendría a ser el resultado de una yuxtaposición de varios contratos, -contrato de venta de mercancías y de equipos, de construcción, de concepción de obra, de transferencia de procesos tecnológicos, de asistencia técnica, etc...-, diferentes entre sí y con individualidad jurídica propia, al que no se debe otorgar, por tanto, un tratamiento jurídico unitario. Más bien, el contrato «llave en mano» quedaría sometido a un régimen jurídico complejo, obtenido mediante la combinación de las distintas normas que regulan cada una de sus prestaciones. En realidad, este planteamiento no hace más que trasponer a los contratos internacionales de construcción «llave en mano» la denominada teoría de la combinación, propuesta por la doctrina en el Derecho interno frente a la teoría de la absorción para resolver el problema suscitado en torno al régimen aplicable a los contratos mixtos o complejos, esto es, aquellos que agrupan en su seno prestaciones de diversos contratos típicos¹²⁰.

111. La teoría de la calificación múltiple que ha sido mantenida por los Tribunales franceses en diversas ocasiones¹²¹, hoy en día, puede considerarse superada. Tres son, en lo esencial, las críticas que

¹¹⁸ Vid. A. HUBERT, *Le contrat...*, pp. 44-47; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 115-117.

¹¹⁹ Vid. J. FOURNIER, "Engineering", *Obligations et Contrats, Recueil Dalloz de Droit Commercial*, p. 1, cit. por A. HUBERT, *Le contrat...*, p. 44; E. GAILLARD, "Précautions à prendre dans les contrats clé en main", *Rev. jur. pol. indep. et. coop.*, 1988, pp. 810 y ss., esp. p. 816; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 117.

¹²⁰ De forma muy general, cabe afirmar que la teoría de la combinación consiste en aplicar a cada una de las prestaciones que configuran el contrato su propio régimen jurídico, mientras que la teoría de la absorción supone buscar el elemento principal dentro del complejo contractual con el fin de aplicar su régimen jurídico al contrato en su conjunto. Supuesto distinto al de un contrato atípico que contiene diversas prestaciones reguladas en distintos contratos típicos, es el de la coexistencia de varios contratos diferentes entre sí aunque ligados por determinadas razones, lo que la doctrina denomina un grupo de contratos. El único criterio general aceptable para distinguir cuando estamos ante un contrato unitario o un grupo de contratos es el de la causa. Así, cuando haya una pluralidad de causas, existirán varios contratos mientras que cuando sólo haya una, aunque mixta o compleja, estaremos ante un único contrato. Sobre los grupos de contratos, *vid.*, B. TEYSSIE, *Les groupes des contrats*, París, 1975.

¹²¹ *Vid.*, en este sentido, la sentencia de la *Cour de cassation*, de 16 de marzo de 1977, en el asunto *Tunzini Entreprise c/ Les Papeteries de France et autres* (JCP, 1978.II. p. 18913, nota TH. HASSLER). En este litigio, el alto Tribunal consideró que el contrato en virtud del cual una empresa se comprometía frente a otra a proyectar y a construir una central térmica, era un contrato complejo que albergaba en su contenido un contrato de arrendamiento de obras y una venta de materiales. Una solución similar fue adoptada en la sentencia de la *Cour de Cassation*, de 26 noviembre 1980, en el asunto *Sté Ingenjorsfirman Nils Weilbull ABN. Industriagatan c/ Centrale Coopérative bretonne*, (JDI, 1981, pp. 355 y ss., nota PH. KAHN). Se trataba, en este caso, de un contrato celebrado entre la sociedad sueca *Ingenjorsfirman Nils Weilbull ABN. Industriagatan* y la *Centrale Coopérative bretonne* (C.E.C.A.B.), en virtud del cual la primera se comprometía a proyectar y construir un silo, suministrando la maquinaria necesaria a tal efecto y a entregarlo en perfecto estado de funcionamiento. La *Cour de Cassation* estimó que esta operación comprendía entre otras prestaciones: un suministro de materiales y un contrato de construcción, por lo que procedió a la aplicación de las normas reguladoras de estos contratos para solucionar las pretensiones correspondientes planteadas por las partes.

se dirigen a este planteamiento: en primer lugar, la teoría de la calificación múltiple suscita la dificultad de determinar el Derecho aplicable al contrato en su conjunto; en segundo lugar, induce a negar la causa del contrato «llave en mano», que aunque compleja o global no deja de ser única; y, finalmente, no tiene en cuenta la voluntad de las partes que, en contratos como el que nos ocupa, esto es, en contratos atípicos, juega un papel determinante tanto en la interpretación como en la regulación de los mismos.

B) Teoría de la calificación global

112. Otra forma de abordar la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos «llave en mano», tal vez, la más frecuente y extendida, sea aquella que tomando como punto de partida los diferentes prestaciones que lo integran busca entre todas ellas la más importante con el fin de aplicar su régimen jurídico a la totalidad del contrato. Según este planteamiento, el contrato «llave en mano» quedaría sometido, pese a su carácter complejo, a un régimen jurídico unitario. Sin embargo, no existe unanimidad doctrinal respecto a cual deba ser la concreta calificación jurídica del contrato. De ahí que sea frecuente encontrarlo subsumido en categorías jurídicas tan dispares como el contrato de compraventa, el contrato de transferencia de tecnología o los contratos entre Estados y empresas privadas extranjeras según se haya primado, en cada caso, la entrega de la cosa, la transmisión de conocimientos técnicos o la cualidad de los sujetos contratantes, respectivamente¹²².

113. Uno de los inconvenientes que presenta esta teoría se encuentra, precisamente, en la necesidad de interpretar la intención de las partes como único medio para determinar la prestación preponderante del contrato. Algo que no sólo da lugar a una ineludible diversidad de opiniones doctrinales, que lejos de disipar la incertidumbre existente en torno a este tipo de contratos la aumenta, sino que también conduce a afirmar que, siguiendo la intención de las partes, el contrato «llave en mano» tendría una naturaleza jurídica variable según el momento contractual considerado¹²³.

En cualquier caso, la teoría de la calificación global no tiene en cuenta la finalidad del contrato «llave en mano», que no es otra más que otorgar unidad jurídica a una operación económica compleja como es la concepción, construcción y puesta en funcionamiento de una instalación industrial determinada. Además, establecer una jerarquía entre las distintas prestaciones que se derivan del contrato resulta cuanto menos difícil, especialmente, si se tiene en cuenta que todas ellas forman parte, por igual, de la obligación global de resultado que constituye, en definitiva, la verdadera esencia del contrato «llave en mano».

114. Respecto a las diferentes categorías jurídicas en las que, frecuentemente, queda subsumido el contrato «llave en mano», cabe señalar que no todas ellas pueden considerarse elementos esenciales del mismo. Así, por ejemplo, el hecho de que sea frecuente que en este tipo de contratos intervenga un Estado o un órgano público del mismo, no legitima para calificar genéricamente a todos los contratos «llave en mano» como contratos de Estado (*State contracts*) porque éstos existen incluso cuando las partes contratantes son dos empresas privadas. Cuestión distinta es que, cuando intervenga un Estado, la formación y el contenido del contrato queden sujetos a determinadas formalidades. Además, resulta difícil tipificar un contrato como el que nos ocupa, surgido en la práctica del comercio internacional por las propias necesidades de los agentes económicos, en categorías jurídicas tradicionales, -bien de Derecho interno, bien de Derecho internacional-, que han sido creadas para regular otro tipo de relaciones contractuales. De ahí que éstas resulten, por esta misma razón y de forma inevitable, inapropiadas e insuficientes cuando se intentan aplicar a supuestos de hecho muy distintos de aquellos para los que fueron creadas.

115. Si bien es cierto que, desde un punto de vista funcional, el contrato «llave en mano» puede descomponerse en diferentes categorías jurídicas, no lo es menos que, desde el punto de vista de su na-

¹²² En este sentido, *vid., ad ex.*, F. CAPORALE, “Il trasferimento di tecnologia: brevi commenti ad un contratto”, *Dir. com. int.*, 1993, pp. 89 y ss.; PH. LEBOULANGER, *Les contrats...*, p. 16; E. PETERSEN, “Vente d’ensembles industriels et Conditions FIDIC (génie civil)”, *Dr. prat. com. int.*, 1978, pp. 221 y ss.; R. SAINT-ALARY, *Nouvelles techniques contractuelles*, Paris, 1971, pp. 110-112; P. WEIL, “Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier”, *RCADI*, 1969-III, t. 128, pp. 95 y ss., esp. p.110.

¹²³ *Vid.* V. KARIM, *Les contrats de réalisation d’ensembles industriels...*, pp. 116 y 117.

turalidad jurídica, éste constituye un único acto jurídico, y que, como tal, no admite fraccionamiento al menos si se respeta su finalidad y su propia esencia¹²⁴.

C) Teoría de la calificación autónoma

116. Según esta teoría, los contratos «llave en mano» al igual que otros contratos surgidos en el ámbito internacional, escapan a cualquier calificación jurídica tradicional. Más bien, son contratos *sui generis* que, pese a combinar en su seno los elementos de diversos contratos típicos, poseen unas características y un régimen jurídico propio, que se ha ido forjando paulatinamente en un contexto peculiar, -el comercio internacional-, según las necesidades de los agentes económicos¹²⁵.

117. A diferencia de cualquier otro contrato complejo, en los contratos «llave en mano» las diferentes prestaciones que lo integran forman parte de una *única obligación global de resultado*, que no hace más que reflejar la intención de las partes de otorgar unidad jurídica a una operación económica compleja. De ahí que descomponer abstractamente el contrato «llave en mano» con vistas a su calificación jurídica en diversas categorías contractuales, suponga desconocer no sólo la intención de las partes sino también, tal y como se ha indicado más arriba, la propia finalidad y esencia del contrato¹²⁶.

118. Así mismo, conviene tener en cuenta que en la reglamentación de los contratos «llave en mano» ha jugado un papel fundamental el poder autonormativo de los particulares, que ante las inadecuadas regulaciones nacionales, han ido forjando conforme a sus propias necesidades el contenido de los mismos. Esta cierta uniformidad jurídica que se ha ido creando en el comercio internacional en torno a los contratos de construcción «llave en mano» se ha visto favorecida por la elaboración de contratos-tipo y condiciones generales de asociaciones profesionales y de organismos internacionales, así como por el recurso constante al arbitraje internacional. Con este telón de fondo, cabe afirmar que estamos ante una manifestación del denominado *Derecho autónomo del comercio internacional* que, junto al Derecho sustancialmente uniforme, ha favorecido la unificación del *Derecho mercantil internacional* en general¹²⁷.

Es, por tanto, desde esta perspectiva, desde la que deben ser analizados los contratos internacionales de construcción «llave en mano», es decir, teniendo en cuenta el contexto en el que éstos han surgido y en el que se desenvuelven.

III. Contenido de los contratos internacionales de construcción «llave en mano»

1. Obligaciones de las partes

119. La elaboración de un proyecto técnico implica siempre, desde su inicio hasta su completa finalización, un largo proceso que evoluciona gradualmente a través de diversas etapas en las que surgen diferentes obligaciones para los diversos sujetos implicados en su ejecución.

120. Si bien es cierto que el número de fases en las que éste puede quedar estructurado varía de un país a otro¹²⁸, no lo es menos que en el ámbito internacional cabe distinguir, tomando como referencia el

¹²⁴ Vid. S. M. FRANCKLIN, "Critical Issues...", p. 272; J.-P. RÉMERY, "Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d'immeubles", *DS*, 1985, pp. 255 y ss., esp. p. 256.

¹²⁵ Vid. B. BLAGOJEVIC, "Quelques caractéristiques...", p. 292; J.-M. DELEUZE, *Nouvelles techniques...*, pp. 79 y ss., esp. p. 82; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Nota a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio y de 1 de octubre de 1973", *REDI*, 1976, pp. 206 y ss.; A. HUBERT, *Le contrat...*, p. 45; F. NICKLISH, "Sales Contract against Coconstruction Contract. Their Similarities and Differences in Civil Law", *Int. Bus. L.*, 1988, pp. 253 y ss.

¹²⁶ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 283; M. MARTINEK, *Moderne...*, pp. 249 y ss., esp. pp. 252 y 253.

¹²⁷ Sobre la configuración de esta nueva categoría jurídica, *vid. per omniam*, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho...*, pp. 25 y ss., esp. 46-59.

¹²⁸ Así, por ejemplo, en EE.UU. la elaboración de un proyecto se divide, generalmente, en cinco fases: *Schematic Design Phase*, *Design Development Phase*, *Construction Documents Phase*, *Bidding or Negotiating Phase* y *Construction Phase*; en

contrato de construcción, -núcleo esencial de la realización de todo proyecto-, fundamentalmente, dos: la *fase de preparación del contrato*, en la que se determinan los objetivos del cliente, se selecciona al contratista y se negocia con él los términos contractuales y la *fase de ejecución*, que comprende el comienzo de los trabajos, el desarrollo progresivo de la obra y su completa realización, funcionamiento y aceptación¹²⁹.

A) Fase de preparación del contrato

121. Generalmente, la fase de preparación comienza con la elaboración por parte del cliente de los análisis de pre-inversión (*Pre-Investment Analysis*) que tienen por objeto definir los objetivos del proyecto mediante el examen de sus aspectos sociales, económicos y financieros. La importancia de estos análisis es capital no sólo porque ayudan al cliente a tomar una decisión acertada respecto a la viabilidad o no del proyecto sino también porque en gran medida depende de ellos que determinadas entidades internacionales de financiación, como el Banco Mundial, concedan un crédito. Dentro de los análisis de pre-inversión pueden incluirse: a) los estudios de oportunidad que, teniendo en cuenta las necesidades que el cliente desea satisfacer, tienden a identificar los distintos sectores económicos y de mercado susceptibles de inversión; b) los estudios de impacto medioambiental; c) los estudios de viabilidad económica, dirigidos a determinar las posibilidades de realización del proyecto dentro de los límites presupuestarios del cliente; d) una estimación preliminar del coste y e) los estudios técnicos de base¹³⁰.

122. De la realización de estos estudios, denominados también *estudios previos o preliminares*, puede hacerse cargo o bien el mismo cliente a través de su personal especializado, -algo que sucede especialmente cuando se trata de un órgano público-, o bien una empresa de ingeniería consultora independiente que, además de desarrollar los estudios indispensables para determinar la naturaleza y características del proyecto, se compromete, generalmente, a ofrecer al cliente el asesoramiento y consejo técnico necesario para que éste pueda adoptar la decisión correspondiente.

123. El resultado de los estudios previos puede inducir al cliente a iniciar la realización del proyecto. Si esto es así, el cliente debe, entonces, elegir el tipo o clase de contrato de construcción sobre el que quedará estructurado y organizado el proyecto.

124. Si se sigue el proceso tradicional, la fase inmediatamente posterior a la elaboración de los estudios preliminares, es la *concepción detallada del proyecto*. En ésta, adquiere un protagonismo estelar el papel desempeñado por el ingeniero o empresa de ingeniería consultora que puede ser o bien la misma que se ha encargado con anterioridad de confeccionar los estudios preliminares, o bien una distinta. En cualquier caso, es conveniente que se celebren contratos separados para cada una de estas etapas del proyecto no tanto por la posibilidad que, con ello, se ofrece al cliente de retener o rechazar a la empresa de ingeniería que interviene en un primer momento en función de la calidad del trabajo ejecutado sino, más bien, por el distinto ámbito de responsabilidad asumido por el ingeniero en cada una de estas fases. Concretamente, en esta etapa sus funciones se dirigen primordialmente a: a) elaborar de la forma más completa posible, desde el punto de vista técnico, los planos y especificaciones de la obra que se pretende realizar; b) preparar los documentos que se proporcionarán a los licitadores potenciales (documentos de solicitud de ofertas o *Tender Documents*); y c) asesorar al cliente en la selección del contratista. Junto a estas prestaciones asume, también, aunque para una fase posterior y en relación al contrato de construcción, otras obligaciones como la supervisión, dirección y control de las obras¹³¹.

Francia, en siete: *Études préliminaires, Avant-projet, Appel d'offres, Mise au point des marchés, Direction des travaux, Compatibilité des travaux y Réception des ouvrages*; y en España, en seis: Estudio previo, Anteproyecto, Proyecto, Tramitación, Ejecución y Recepción.

¹²⁹ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international*..., p. 19.

¹³⁰ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international*..., p. 105; P. GLAVINIS, *Le contrat international*..., pp. 20-24.

¹³¹ Vid. World Bank, *Guidelines for Selection and employment of Consultants under IBRD loans and IBA Credits & Grants by World Bank Borrowers* (2011), <http://go.worldbank.org/U9IPSLUDC0>. Vid., también, A. BRABANT, *Le contrat international*..., pp. 178 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international*..., pp. 33-37; M. E. SCHNEIDER, "International Construction...", pp. 294-301.

125. Sin embargo, cuando el cliente opta por el contrato «llave en mano», las *funciones del ingeniero* se ven considerablemente reducidas. En éste tipo de contratos, en los que la concepción del proyecto corresponde al contratista, el ingeniero se limita a preparar los documentos de invitación a la presentación de ofertas, a asesorar al cliente en la comparación y selección de de las mismas y, en determinados casos, a elaborar las especificaciones generales del proyecto, en las que se indica de forma vaga e imprecisa las condiciones técnicas exigidas por el cliente sin que ello suponga asumir responsabilidad alguna por la concepción detallada del mismo. También queda limitada su participación en la fase de ejecución del contrato porque aunque éste pueda ejercer, en determinados casos, poderes de supervisión, control y modificación de las obras, pierde el control sobre la concepción del proyecto¹³².

126. Este rasgo esencial de los contratos «llave en mano» -concepción del proyecto por parte del contratista-, incide también sobre el contenido de los documentos de solicitud de ofertas y sobre la selección del procedimiento de adjudicación del contrato.

127. a) A través de los *documentos de solicitud de ofertas* (*Enquiry Documents* o *Tender Documents*) se define la obra a construir y las condiciones exigidas para su realización. Su importancia es decisiva no sólo porque sobre ellos elaboran sus respectivas ofertas o proposiciones los contratistas potenciales sino también porque sirven de base al contrato que, posteriormente, será celebrado.

128. Estos documentos, generalmente, contienen: a') las *instrucciones* a seguir para la elaboración de la oferta o proposición (*Tender*); b') los *detalles técnicos* de la obra (planos, especificaciones técnicas, presupuesto cuantitativo y programa); c') información sobre el lugar dónde ha de ser construida la obra (*Site Data*) -como, por ejemplo, las características del subsuelo, las condiciones hidrológicas y los estudios medioambientales-; d') las *condiciones de financiación*; y e') las *condiciones contractuales*. En estos documentos de invitación a la presentación de ofertas, es frecuente que el cliente se reserve expresamente determinados derechos como el de solicitar aclaraciones a cualquier licitador sobre su correspondiente oferta, anular el contrato si se comprueba que el contratista está implicado en cualquier caso de corrupción en relación al mismo o a no quedar obligado por la oferta más baja, si bien en este último caso, es conveniente que se indiquen los criterios que regirán la valoración de ofertas¹³³.

129. Ahora bien, la finalidad y el contenido de estos documentos en lo que se refiere, especialmente, a la *descripción técnica de la obra* quedan inevitablemente alterados cuando se utiliza el contrato «llave en mano» en tanto que en él la concepción de la obra corresponde al contratista. En efecto, en los contratos «llave en mano», las *especificaciones técnicas* o pliegos de base tienen por objeto establecer las condiciones funcionales de la planta industrial que ha de ser proyectada y construida, así como definir los límites de la responsabilidad global del contratista. Éstas contienen, generalmente: una descripción general de la planta en la que, a veces, es frecuente encontrar insertada una cláusula «llave en mano»; las condiciones a las que debe adaptarse el proyecto, -condiciones medioambientales, geológicas, sísmicas e incluso legales-, y, en su caso, los criterios o parámetros a tener en cuenta en la concepción de la obra -tales como, la vida útil de la planta y de los bienes de equipo o la calidad de los materiales-¹³⁴.

130. Otra diferencia importante con los contratos convencionales es que, en los contratos «llave en mano», la *descripción detallada de la obra* tiene lugar durante la ejecución del contrato. De esta peculiaridad de los contratos «llave en mano» se derivan determinadas consecuencias jurídicas como: a) la indeterminación del objeto en el momento de concluir el contrato, algo que en la práctica intenta solucionarse mediante la referencia a un *standard*, es decir, a las características técnicas aplicadas a otra planta similar ya construida; b) los mayores derechos concedidos al contratista para modificar el

¹³² Vid. I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, p. 403.

¹³³ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 37-46; C. MURRAY/D. HOLLOWAY/D. TIMSON-HUNT (eds), *Schmitthoff's Export Trade...*, pp. 608-609.

¹³⁴ Vid. T. WIWEN-NILSON, "Supply of Technology...", pp. 287 y 288.

proyecto siempre y cuando se informe al cliente y, éste, revise o apruebe tales cambios, y siempre que tales modificaciones no alteren las garantías técnicas y las garantías de buena ejecución, algo que también es lógico, si se tiene en cuenta que corresponde al contratista elaborar las soluciones técnicas y la ingeniería de detalle, obligándose frente al cliente, además, a construir y a poner en funcionamiento la planta industrial correspondiente; y c) finalmente, también responde el contratista de las posibles lagunas y omisiones de las que pueda adolecer el proyecto. Como contrapartida, los derechos del cliente a introducir modificaciones quedan restringidos, dando lugar, generalmente, a una compensación de los costes en los que haya podido incurrir el contratista¹³⁵.

131. b) Respecto a los *procedimientos de adjudicación del contrato*, cabe afirmar que en el ámbito internacional existen verdaderas fuentes de regulación que, pese a su diferente alcance y valor jurídico, permiten establecer a través de los principios de concurrencia y publicidad, en los que todas ellas se inspiran, una clasificación general de los mismos. Así, y según el grado de apertura a la concurrencia, cabe distinguir tres tipos de procedimientos: a') *procedimientos abiertos*, que son aquellos en los que todo contratista interesado puede presentar una oferta; b') *procedimientos restringidos*, en los que sólo pueden presentar ofertas los licitadores que, previamente, hayan sido seleccionados por el cliente a través de un anuncio público convocado a tal efecto; y c') *procedimientos negociados*, a través de los cuales el cliente tras haber convocado previamente la solicitud de candidatos negocia directamente el contrato con el contratista seleccionado. Cabe también la posibilidad, aunque en el ámbito internacional poco frecuente, de recurrir a la *contratación directa* (*marchés de gré à gré/single-source procurement*). No obstante, cuando el cliente es un Estado o un órgano público este último procedimiento en tanto que constituye una excepción a los principios de concurrencia y publicidad, se limita a supuestos muy concretos como pueden ser la especificidad técnica del proyecto, una imperiosa urgencia derivada de acontecimientos imprevisibles que impida acudir a otro tipo de adjudicación o motivos de defensa nacional¹³⁶.

132. Por otra parte, los criterios que han de regir la resolución de los procedimientos de adjudicación pueden reducirse, básicamente, a dos: o bien el precio, o bien el precio junto a otros factores como la capacidad técnica y financiera de la empresa, su experiencia o la mano de obra disponible.

133. La elección de un procedimiento de adjudicación u otro, va a depender de diferentes factores como el carácter público del cliente, -en cuyo caso, deberá atenerse a lo que dispongan las normas internas de su propio país sobre esta materia-, la naturaleza del proyecto y su complejidad técnica, así como el tipo de contrato de construcción utilizado¹³⁷.

134. En cualquier caso, los procedimientos internacionales de adjudicación se caracterizan por tres rasgos fundamentales: a) el recurso constante a la convocatoria pública de ofertas (*appel d'offres / tendering or bidding procedure*); b) la utilización generalizada de un procedimiento de pre-calificación de empresas que tiene por objeto reducir al mínimo los riesgos de insolvencia, seleccionando previamente a los licitadores sobre la base de criterios rigurosos; y c) finalmente, una clara tendencia hacia la utilización del procedimiento restringido¹³⁸.

135. Uno de los inconvenientes que presentan los contratos «llave en mano» es, precisamente, la dificultad de recurrir a procedimientos competitivos, no sólo por la ardua tarea de comparar proyectos dispares elaborados por los propios contratistas sino, también, por el riesgo de que las empresas

¹³⁵ Vid. A. FELICIANI, "Turnkey Contracts for Heavy Plants...", pp. 108 y 109; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 286; T. WIWEN-NILSON, "Supply of Technology...", p. 286.

¹³⁶ Sobre las fuentes de regulación de los procedimientos de adjudicación en el ámbito internacional, *vid.*, G. ROSENBERG, "International Construction Procurement. The Developing Regulatory Framework", *ICLR*, 1997, pp. 168 y ss.

¹³⁷ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 49 y 50.

¹³⁸ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, p. 105; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 50-54; CL. M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade...*, pp. 732 y ss., esp. pp. 733-739.

más competentes se vean amenazadas por los bajos precios ofertados por empresas indebidamente cualificadas¹³⁹.

136. Para superar estos obstáculos, se han propuesto diferentes procedimientos como el sistema de licitación en dos fases (*System of Two-Stage Bidding*). En la primera de ellas, se procede a una presentación de ofertas técnicas que sirven al cliente para poder elaborar unas prescripciones comunes que, posteriormente, en una segunda fase, son remitidas a los licitadores para que presenten de nuevo sus ofertas siendo, entonces, cuando se tiene en cuenta el precio. Este sistema que tiende a introducir en la medida de lo posible el principio de concurrencia y de publicidad en los contratos «llave en mano» encuentra, sin embargo, dos inconvenientes: por una parte, la negativa de los contratistas a ofrecer su tecnología o *know-how* y por otra, la posible incursión de responsabilidad en la concepción de la obra por parte del cliente¹⁴⁰.

137. Dejando a un lado la contratación directa, cabe afirmar que el procedimiento restringido y el procedimiento negociado con publicidad son los que mejor se adaptan a las peculiaridades de los contratos «llave en mano».

138. Una vez adquiridos los documentos de licitación por parte de las empresas interesadas o previamente seleccionadas a través del procedimiento de precalificación, se procede a la *preparación y presentación de ofertas*. En el ámbito internacional, dada la magnitud y complejidad de los proyectos, es práctica habitual que se constituyan grupos de empresas, a tal efecto¹⁴¹.

139. En la oferta, generalmente, el empresario: a) manifiesta su intención de concluir un contrato con el cliente conforme a los documentos de licitación que, previamente, ha examinado y comprobado; b) determina los límites de su responsabilidad; c) propone un precio y d) asume el compromiso de quedar vinculado por su propuesta hasta el momento indicado por el cliente en el anuncio de licitación. Concretamente, los documentos FIDIC, en el formulario de oferta (*Letter of Tender*) que incluyen, limitan este derecho a retirar, modificar o completar la oferta a un periodo de tiempo que comprende desde la recepción por el cliente hasta una fecha previamente establecida, que suele ser la señalada para la adjudicación del contrato. Junto a estos elementos esenciales, la oferta, a la que generalmente se adjunta un anexo (*Appendix to Tender*), puede incluir: el programa de ejecución de la obra; los métodos de construcción a seguir; el personal y los materiales que serán utilizados e, incluso, si así lo solicita el cliente, algunas propuestas complementarias de financiación y modificaciones relativas a determinados aspectos del proyecto¹⁴².

140. En el ámbito de la construcción internacional, puede considerarse excepcional que la presentación de ofertas no vaya acompañada de la presentación de una garantía, la denominada garantía de licitación o *Tender Bond/Tender Security (Bietungsgarantie/garantie de soumission)*. Ésta garantía puede definirse como aquel compromiso asumido, generalmente, por un banco o compañía aseguradora (garante) de pagar una determinada cantidad de dinero al cliente (beneficiario), cuando el licitador incumpla las obligaciones que se derivan de su oferta, por ejemplo, cuando retire su proposición antes de que expire el plazo indicado, cuando se niegue a firmar el contrato que le ha sido adjudicado o, simplemente, no deposite la garantía de buena ejecución. También tiene por objeto asegurar al cliente de las proposiciones temerarias de aquellos empresarios que no tuvieran los medios técnicos o financieros necesarios para ejecutar el proyecto. Su montante se sitúa entre el 1 al 5% del valor de la oferta, pudiendo llegar, excepcionalmente, hasta el 10%. No obstante, cabe la posibilidad de que el cliente establezca

¹³⁹ Vid. A. COSSETTE, "Certaines difficultés de la phase précontractuelle dans les contrats internationaux clé en main", *Rev. jur. pol. indép et coop.*, 1988, pp. 499 y ss., esp. pp. 501 y 502; I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, pp. 408 y 409.

¹⁴⁰ Vid. G. WESTRING, "Turnkey Heavy Plant Contracts...", pp. 235 y 236.

¹⁴¹ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, p. 107 y 108.

¹⁴² Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, p. 109; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 53.

una cantidad fija para evitar las diferencias derivadas de los distintos precios propuestos siendo, a su vez, relativamente frecuente, -sobre todo cuando el cliente es una persona pública-, que se exija el pago a primera demanda¹⁴³.

141. El plazo de validez de esta garantía se extiende o bien, hasta el momento en que el beneficiario acepta la oferta y se firma el contrato o bien, en caso de que no se formalice el contrato, hasta que sea entregada por el adjudicatario la garantía de buena ejecución, momento éste que se hace coincidir con la devolución de las demás garantías al resto de licitadores, en tanto que hasta entonces no media certeza alguna sobre la existencia del contrato.

142. Tras la *apertura de ofertas*, el cliente puede solicitar aclaraciones a cualquier licitador sobre determinados aspectos de su plica. Una vez seleccionada la oferta más ventajosa, el cliente notifica al empresario correspondiente la intención de aceptar su oferta a través de una carta de intención (*letter of intent*), documento precontractual por excelencia en el ámbito de la construcción internacional, que no tiene otro objeto sino el de preparar la *negociación del contrato*. Durante este periodo de tiempo, el cliente y el contratista discuten los aspectos sobre los que no exista acuerdo así como las posibles reservas que haya podido hacer éste último en su oferta respecto a determinados puntos de los documentos de licitación¹⁴⁴.

143. También conviene incluir en la carta de intención determinadas cláusulas que, ante la prolongada duración de las negociaciones, a veces de 1 a 3 años, velen por los intereses del contratista como: la *cláusula de confidencialidad*, por la que el cliente se obliga a no comunicar, divulgar o explotar las informaciones técnicas suministradas durante las negociaciones o después de las mismas, si éstas fracasan, o la *cláusula de exclusividad*, en virtud de la cual el cliente se compromete a no mantener negociaciones paralelas con otros contratistas, y que no son más que una concretización de la obligación de negociar de buena fe. En este tipo de cláusulas es recomendable, para evitar o, en su caso, facilitar la resolución de posibles litigios, que se prevea una indemnización alzada en caso de incumplimiento como, también lo es, que se incluya un mecanismo alternativo de resolución de litigios o ADR.

144. La *conclusión del contrato* tiene lugar cuando el cliente, finalizadas las negociaciones, remite al contratista una carta de aceptación (*Letter of Acceptance*) sin que sea necesario, a tal efecto, que se formalice por escrito el acuerdo¹⁴⁵. No obstante, cuando alguna de las partes contratantes lo solicite, puede formalizarse el acuerdo por escrito, algo que, generalmente, sucede cuando interviene un Estado o empresa pública; cuando el contratista solicita financiación a un órgano de crédito a la exportación, -en tanto que en este supuesto al igual que en el anterior, la existencia de un contrato formal se erige en un requisito indispensable para poder llevar a cabo una operación posterior¹⁴⁶-; o simplemente, cuando se desee buscar una mayor seguridad y certeza jurídica. En cualquier caso, los gastos de preparación y elaboración de la formalización escrita del contrato -normalmente, un breve documento en el que se incorporan por referencia los documentos contractuales y se plasman las firmas de los sujetos contratantes-, por regla general, corren por cuenta del cliente¹⁴⁷.

¹⁴³ Vid. J. DOHM, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Berne, 1986, esp. p. 36; E. HERZFELD/R. HADLEY, *Contracting and Subcontracting...*, pp. 33 y 34; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 64-70, esp. p. 67.

En las Condiciones FIDIC, estas garantías quedan sujetas a las ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (ICC Publ. n° 458, 1ª ed. 1992). Este último documento ha sido revisado en 2010 (ICC Publ. N° 758). Dichas normas uniformes sobre garantías a demanda de la CCI también han sido incorporadas en sus documentos estándar por el Banco Mundial y por la UNCITRAL.

¹⁴⁴ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 113-115; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 58 y ss., esp. pp. 61; E. HERZFELD/R. HADLEY, *Contracting and Subcontracting...*, p. 2; A. MARI/L. SIMONETTI, "Agreements to agree, agreements to negotiate ed obbligo precontrattuale di buona fede nel diritto inglese e nel diritto nord-americano. (Un'analisi comparativa alla luce di una recente sentenza della House of Lords)", *Dir. com. int.*, 1992, pp. 601 y ss.

¹⁴⁵ En este sentido, el formulario de oferta (Letter of Tender) contendido en los contratos-tipo de la FIDIC establece que: "Unless and until a formal Agreement is prepared and executed this Letter of Tender, together with your written acceptance thereof, shall constitute a binding contract between us".

¹⁴⁶ Vid. R. N. H. GOULD, "Construction Financing. Effects on Other Contractual Provisions", *Int. Bus. L.*, 1993, pp. 117 y ss.

¹⁴⁷ Vid. Sub-cláusula 1.6 de las Condiciones FIDIC (Libro Rojo, Libro Amarillo y Dorado) en la que se establece que: "The

145. Durante el periodo de tiempo comprendido desde la fecha de entrada en vigor del contrato hasta el inicio ejecución material del proyecto, se derivan del contrato una serie de obligaciones para cada una de las partes. Así, el cliente debe, generalmente: a) proporcionar la asistencia necesaria al contratista para la adquisición de los permisos, licencias o autorizaciones administrativas requeridas para la ejecución de las obras -los permisos de construcción, los permisos de entrada, residencia y salida del personal del contratista o las licencias de importación y exportación de los materiales y equipos-. En determinados casos, este deber de asistencia que se sustenta sobre el mejor conocimiento del Derecho local y de la prácticas administrativas por parte del cliente puede quedar supeditado, sin embargo, a la previa solicitud del contratista b) poner a disposición del contratista el lugar dónde han de ser ejecutadas las obras; y c) seleccionar al personal de explotación de la planta industrial correspondiente¹⁴⁸.

146. Por su parte, el contratista antes de que se inicie la ejecución de las obras debe: a) obtener todos los permisos, autorizaciones o licencias exigidas por las autoridades públicas del país de ejecución¹⁴⁹ y b) elaborar y entregar al cliente o a su representante en la fecha que haya sido acordada en el documento de oferta, el *programa de ejecución*. En éste, normalmente, ha de indicarse el orden sucesivo en el que van a ser desarrolladas las obras, así como los aspectos y actividades más relevantes de los documentos necesarios para la ejecución del contrato. No obstante, cualquier alteración importante que efectúe el contratista en el programa durante la ejecución de las obras debe ser comunicada al cliente o a su representante¹⁵⁰.

B) Fase de ejecución del contrato

147. Durante esta fase, que comienza con la orden del cliente de ejecutar las obras y se prolonga hasta la recepción de las mismas, adquiere una especial relevancia el papel desempeñado por el contratista pues éste es, en definitiva, quién asume frente al cliente la obligación global que se deriva del contrato «llave en mano». No obstante, es habitual que, junto a él, intervengan también en la ejecución del contrato otros sujetos como los representantes de cada una de las partes y los subcontratistas.

148. De los contratos «llave en mano», pese a las diferencias que en la práctica puedan presentar, cabe afirmar que siempre se derivan unas obligaciones básicas y esenciales para cada una de las principales partes contratantes: el cliente y el contratista.

a) Obligaciones del cliente

149. La obligación principal que asume el cliente en el contrato «llave en mano» es, sin lugar a dudas, el pago del precio.

150. Aunque en el ámbito de la construcción internacional, existen diferentes métodos para la fijación de precios, los más utilizados son: el precio alzado (*Lump-Sum*), el precio unitario o por unidad

Parties shall enter into a Contract Agreement, within 28 days after the Contractor receives the Letter of Acceptance, unless they agree otherwise. The Contract Agreement shall be based upon the form annexed to the Particular Conditions. The costs of stamp duties and similar charges (if any) imposed by law shall in connection with entry into the Contract Agreement shall be borne by the Employer". En el Libro Plateado de la FIDIC, la firma del acuerdo deviene obligatoria (sub-cláusula 1.6).

Por otra parte, conviene tener en cuenta que el contenido de los contratos internacionales de construcción no se limita a las condiciones generales que establecen los deberes y obligaciones de las partes sino que, junto a ellas, también integran el contrato, las especificaciones técnicas y financieras. No obstante, en la práctica, se observa como en numerosas ocasiones los asesores jurídicos -tal vez, guiados por su formación o deformación profesional-, centran su atención sólo y exclusivamente en las condiciones generales, descuidando, erróneamente, el resto de los documentos integrantes del contrato que, pese a su carácter técnico, pueden llegar a tener importantes efectos legales. Vid. M. E. SCHNEIDER, "International Construction...", p. 318.

¹⁴⁸ Vid. J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, p. 66; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 157 y 158.

¹⁴⁹ Vid. Sub-cláusula 1.13 de las Condiciones FIDIC.

¹⁵⁰ Dicha obligación va acompañada de una garantía de ejecución, vid. Sub-cláusula 4.2 Condiciones FIDIC.

de medida (*Unit-Price*) y el precio de margen fijo (*Cost-Reimbursable*). En este sentido, se habla de contratos a precio alzado (*Lump-Sum Contracts*) que son aquellos en los que la obra se realiza a cambio de un precio global, asumiendo el contratista el riesgo derivado de una valoración errónea de las cantidades de obra que resulten finalmente ejecutadas; contratos de precio unitario o por unidad de medida (*Unit-Price Contracts* (U.S)/*Measured or Schedule Contracts* (U.K.)), en los que se señala un precio por unidad de obra y, contratos de margen fijo (*Cost Reimbursable/Cost plus Fee/Prime-Cost* o *Cost-Fixed Contracts*) que implican una determinación del precio basada en los costes reales (*Cost*) más un honorario fijo (*Fee*) que cubre el beneficio y los gastos generales del contratista¹⁵¹.

151. En los *contratos de precio unitario o por unidad de medida* es esencial que el ingeniero realice una estimación aproximada de las cantidades necesarias para cada unidad de obra en las que se divide el proyecto, siendo ésta, posteriormente, remitida a los contratistas a través de un documento, denominado *Schedule or Bill of Quantities*, para que éstos propongan en sus respectivas ofertas un precio por unidad de obra. Durante la ejecución de las obras, las cantidades utilizadas se someten a medición, en determinadas ocasiones por verdaderos especialistas en la materia (*Quantity Surveyors*) y se calculan sobre la base de los precios unitarios propuestos por el contratista correspondiente. Por tanto, a través de este sistema de fijación de precios es el cliente quien asume el riesgo de una estimación errónea de las cantidades inicialmente previstas, pero en contrapartida éste paga siempre al contratista las cantidades de obra realmente ejecutadas o *as built*. Si en los contratos «llave en mano», en los que el proyecto es elaborado por el contratista, se utilizase este método para determinar el precio, el cliente se encontraría siempre con el problema de discernir si las cantidades inicialmente previstas responden a una estimación real o si, por el contrario, han sido subestimadas por el contratista para que le sea adjudicado el contrato. Además, en determinadas ocasiones, son las propias características de los proyectos industriales las que impiden su división en unidades con vistas a establecer un precio¹⁵².

152. Éste en los *contratos de margen fijo* se calcula después de la ejecución del contrato sobre la base de los costes reales (*Cost*) más el beneficio del contratista (*Fee*), generalmente, un tanto por ciento del coste final o una cantidad alzada. Para incentivar al contratista a trabajar de forma rápida y eficaz bajo este tipo de contratos, es frecuente establecer una cantidad fija en concepto de costes (*Target* o *Upset Cost*). En función de ésta, y en función de que los gastos finales sean inferiores o superiores a la misma, se concede o no un incremento de beneficio al contratista. No obstante, este sistema de fijación de precios requiere un especial control de los costes por parte del cliente que, difícilmente, puede ser ejercido cuando se trata de fijar el precio en los contratos «llave en mano» en tanto que una buena parte de los mismos se ejecuta en el país del contratista¹⁵³.

153. Por tanto, cabe concluir que de estos tres métodos de fijación de precios, el que mejor se adapta a las características de los contratos «llave en mano» es el *precio alzado*. Ahora bien, que el pre-

¹⁵¹ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 125 y ss.; J. GHESTIN/M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, 1990; A. GIARDINA, "La determinazione del prezzo nei contratti internazionali", *Riv. dir. priv. proc.*, 1993, pp. 283 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 72 y ss., esp. pp. 76-81; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 143 y ss.

¹⁵² Vid. I.N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contract...*, pp. 423 y ss.

¹⁵³ En los contratos de margen fijo o *Cost plus Fee*, a diferencia de lo que sucede en los contratos a precio alzado, el precio sólo se conoce una vez han sido ejecutadas las obligaciones. Entre los costes directos o *Cost*, se incluyen: los salarios reales de la mano de obra; los gastos de residencia y de viaje; los suministros de bienes y materiales, etc..., en definitiva, todos aquellos gastos relacionados directamente con la realización de la obra. Dentro del *Fee* u honorarios, se engloban: el beneficio del contratista; los servicios profesionales prestados por éste y por su personal ejecutivo, salvo que se relacionen directamente con la realización de la obra; así como todos los gastos generales de mantenimiento y organización. Una de las ventajas que se derivan de este tipo de contratos es que permiten llevar a cabo una adaptación permanente de los mismos ante el surgimiento de circunstancias imprevisibles -propias de la vida económica contemporánea- en tanto que las prestaciones monetarias se ajustan de forma real y efectiva a las prestaciones realmente ejecutadas. Sobre este tipo de contratos, vid. M. BOUHACENE, *Droit international de la coopération industrielle*, Paris, 1982, pp. 327 y ss.; I. N. DUNCAN WALLACE, "Contracts for industrial Plant Projects", *ICLR*, 1984, pp. 322 y ss., esp. pp. 345 y 346; *id.*, *Construction Contract...*, p. 421; J. JEHL, *Le commerce international...*, pp. 448-451; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 80 y 81; A. MEZGHANI, "Le contrat cost + fee", *JDI*, 1984, pp. 241 y ss.

cio sea alzado no significa que no admita fraccionamiento. No obstante, para poder llevarlo a cabo, es necesario que se adjunte al contrato «llave en mano» un documento en el que se indiquen cada uno de los precios propuestos para las partes en la que ha quedado descompuesto el proyecto sin que sea necesario, a tal efecto, determinar -a diferencia del presupuesto detallado utilizado en el método de precios unitarios- las cantidades requeridas por unidad de obra. Con este fraccionamiento del precio, se consigue facilitar el pago a los distintos sujetos que, junto al contratista y pese a la responsabilidad global que éste asume bajo el contrato «llave en mano», intervienen en la ejecución de las prestaciones que lo integran, y se permite, a su vez, despejar las posibles incertidumbres que puedan existir respecto al tipo de mone-da -local o extranjera- en la que deben ser remunerados determinados trabajos¹⁵⁴.

154. El precio alzado en los contratos «llave en mano» puede combinarse con precios unitarios para determinados trabajos, siempre y cuando para estos últimos se prevea en el contrato un sistema de mediciones. También cabe la posibilidad, cada vez más frecuente en la práctica negocial, de efectuar pagos periódicos o fraccionados (*Interim Payment*) sólo que su determinación, a diferencia de la que se lleva a cabo en el sistema de precios unitarios a través de mediciones y cálculos, se basa en una valoración del desarrollo progresivo de las obras. Además, el precio alzado admite revisión, es decir, que no tiene por que ser un precio fijo (*Fixed Price*). En efecto, es práctica común no sólo en los contratos «llave en mano» sino también en el ámbito de la construcción internacional, en general, incluir determinadas cláusulas que tienen por objeto adaptar el precio a las posibles modificaciones que puedan sobrevenir en curso de ejecución, distintas a las derivadas de un error en la valoración de las partes. En este sentido, las cláusulas más habitualmente utilizadas son: las *fluctuations, variation of price or rise and fall clauses*, que tienen en cuenta las consecuencias y riesgos de la inflación sobre los costes de la mano de obra y los materiales transfiriéndolos, generalmente, al cliente; las *changes or variations clauses*, que prevén un incremento del precio como consecuencia del derecho del cliente a ordenar modificaciones en los trabajos; y las *hardship clauses*, que establecen un aumento de precio como consecuencia de acontecimientos imprevisibles que rompen el equilibrio contractual¹⁵⁵.

155. Esto conduce a afirmar que incluso en los contratos de precio alzado, como generalmente son los contratos «llave en mano», tampoco existe certeza absoluta respecto a la determinación final del precio. De ahí que sea frecuente recurrir a determinados mecanismos de fijación como el sistema de precio máximo con bonificaciones y/o penalizaciones.

156. Por otra parte, es práctica común en el ámbito de la construcción internacional que, durante la ejecución de contrato, el cliente encargue a otra persona, generalmente, un ingeniero que le represente a pie de obra. Aunque los poderes que se le pueden conferir al representante del cliente (*Employer's Representative*) varían de un contrato a otro, normalmente éste puede ordenar determinadas modificaciones en las obras; dar instrucciones al contratista; verificar la calidad de los bienes de equipo y de los materiales que deben de ser incorporados a la obra; así como emitir las certificaciones de pago¹⁵⁶.

b) Obligaciones del contratista

157. De forma general, cabe afirmar que el contratista en los contratos «llave en mano» asume frente al cliente *una obligación global de resultado*: la obligación de concebir, construir y poner en fun-

¹⁵⁴ Vid. A. FELICIANI, "Turnkey Contracts...", pp. 110-112.

¹⁵⁵ Vid. I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, p. 431; J. GHESTIN/M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats...*, pp. 73 y ss. y pp. 108 y ss.; S.A. SILARD, "Clauses de maintien de la valeur dans les transactions internationales", *JDI*, 1972, pp. 213 y ss.

¹⁵⁶ En este sentido, *vid.* Cláusula 3 Condiciones FICIC. Llama, no obstante, la atención la función que, las citadas condiciones generales, atribuyen al representante del cliente en la resolución de los problemas que puedan suscitarse en torno a la determinación del valor, los costes o extensión del plazo contractual. Cuando éstos surgen, corresponde en un primer momento al representante del cliente intentar llegar a un acuerdo con el contratista, y en su defecto, adoptar una decisión justa, sin perjuicio del derecho del contratista a recurrir tal decisión a través de los mecanismos de resolución de litigios previstos en el contrato (*vid.* sub-cláusula 3.5 y cláusula 20).

cionamiento un proyecto determinado. Casi todos los contratos «llave en mano» contienen una cláusula, la denominada cláusula «llave en mano», en la que se especifica que, como consecuencia de esta obligación de resultado, el contratista no sólo está obligado a realizar lo expresamente pactado sino también todo lo que sea necesario para la efectiva ejecución del contrato¹⁵⁷.

158. Pero esta obligación que asume el contratista en los contratos «llave en mano» es, a su vez, una obligación compleja, esto es, que está integrada por diversas prestaciones. De todas ellas, las que, generalmente, quedan reguladas de forma expresa en el contrato son las siguientes:

159. a) *La concepción detallada del proyecto (Design)*, que siempre tiene lugar, a diferencia de los contratos tradicionales de construcción, después de la conclusión del contrato, y la elaboración de todos los documentos que lo integran (*Construction Documents*), entre los que se incluyen los planos de ejecución de la obra, los dibujos, los cálculos, y los modelos o muestrarios. Según las Condiciones FIDIC, tanto uno como otros, deben de respetar la ley del lugar de ejecución de la obra y la legislación vigente en materia de normalización técnica, construcción, edificación y protección medioambiental¹⁵⁸. No obstante, en la práctica, es habitual que el proyecto se legalice conforme a la normativa vigente en el país del contratista, algo que si bien resulta, en cierta medida, lógico ante el mayor conocimiento que el contratista posee de su propia ley, no deja de ser arriesgado e inadecuado para el cliente que ante el desconocimiento de la normativa extranjera, pierde el control sobre la calidad y seguridad del proyecto que se pretende construir. De ahí que, con el fin de evitar posibles abusos, sea conveniente que la legalización y el visado del proyecto y de los demás documentos necesarios para la ejecución de la obra se hagan conforme a la normativa local del cliente o, como mínimo, se lleve a cabo un control por parte de este último sobre este aspecto.

160. El hecho de que la concepción del proyecto corra a cargo del contratista, justifica que se le conceda a éste el derecho a introducir las modificaciones que estime oportunas, siempre y cuando se respeten las exigencias del cliente y los parámetros técnicos y funcionales garantizados. En contrapartida, es necesario que se mantenga al cliente informado al respecto, siendo habitual que, a tal efecto, se prevean en el contrato determinados procedimientos de revisión y aprobación (*Pre-Construction Review*) que tienen por objeto controlar el desarrollo progresivo de todos aquellos documentos necesarios para la construcción de la obra. En algunos casos, incluso, se establece en los contratos una distinción entre: a') documentos que han de ser presentados al cliente con el único fin de mantenerle informado -como, por ejemplo, los informes progresivos que mensualmente ha de presentar el contratista al cliente¹⁵⁹-; b') documentos que pueden ser objeto de revisión cuando están siendo elaborados -como, por ejemplo, los documentos necesarios para la ejecución de la obra (planos, dibujos, muestras, etc...)-; y c') documentos que deben someterse a revisión y aprobación -como, por ejemplo, los documentos necesarios para la construcción de la obra antes de su utilización-¹⁶⁰.

161. b) *El suministro de tecnología*, también, puede formar parte de la obligación global del contratista. Éste, generalmente, se compromete a ceder al cliente todos los derechos de propiedad industrial necesarios para la construcción y funcionamiento de la planta industrial proyectada. También, cabe la posibilidad de concluir un contrato separado a tal efecto. En cualquier caso, el contratista debe garantizar siempre al cliente que podrá utilizar la tecnología suministrada sin violar derechos de terceros¹⁶¹.

162. Pero, en los contratos «llave en mano», junto a los derechos de propiedad industrial también se transfiere tecnología a través de los planos y prescripciones técnicas *as built* suministrados por el

¹⁵⁷ Así se deduce de la sub-cláusula 4.1 de las Condiciones FIDIC, a excepción del *Libro Rojo*.

¹⁵⁸ En este sentido, la sub-cláusula 5.4 de las Condiciones FIDIC, a excepción del *Libro Rojo*.

¹⁵⁹ Vid. Sub-cláusula 4.21 Condiciones FIDIC, a excepción del *Libro Rojo*.

¹⁶⁰ Vid. T. WIWEN-NILSSON, "Supply of Technology...", pp. 286 y 287.

¹⁶¹ *IBIDEM*, pp. 284 y 285.

contratista al cliente; los manuales de mantenimiento y funcionamiento de la planta industrial e, incluso, a través de las instrucciones dadas por el contratista a pie de obra¹⁶².

163. La larga duración de los contratos «llave en mano», unido al hecho de que en ellos sea el contratista el que se encargue de la elaboración del proyecto, una vez concluido el contrato, conduce en determinadas ocasiones a prever que, ante posibles modificaciones de la tecnología suministrada, éste se obligue a informar al cliente de todas las mejoras que se hayan podido producir, correspondiendo a este último la decisión de incorporarlas o no. En otras ocasiones, la obligación del contratista consiste en adaptar automáticamente tales mejoras, reservándose, no obstante, siempre el cliente su derecho a rechazarlas¹⁶³.

164. c) *El suministro de personal y mano de obra -local o extranjera- y de maquinaria (Plant) y materiales necesarios (Materials).* Respecto al personal y a la mano de obra, corresponde al contratista su remuneración, alojamiento, manutención y transporte¹⁶⁴. Los contratos laborales que celebre el contratista se regirán por la correspondiente ley aplicable, ya sea ésta local o extranjera. También, debe asegurarse de que se cumplen todas las medidas oportunas en materia de seguridad, protección y sanidad, pudiendo nombrar, a tal efecto, a una persona en la obra que se encargue de su cumplimiento. No obstante, el cliente puede exigir, en cualquier momento, al contratista que retire a cualquier persona empleada en la ejecución de los trabajos, incluido su representante, por mal comportamiento; por incompetencia o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones; por incumplir cualquier disposición contractual; o por persistencia en una conducta que sea perjudicial para la salud, seguridad o protección medio ambiental.

165. También corresponde al contratista el suministro y transporte de los bienes de equipo y materiales que han de ser incorporados a la obra. Éstos, generalmente, se manufacturan y se preparan en un lugar distinto al de la ejecución del proyecto, que puede ser el país del contratista o un tercer Estado. De ahí que el contratista deba permitir en todo momento, la inspección, examen o comprobación de los mismos por parte del cliente o de su representante. No obstante, el suministro de determinadas máquinas y materiales puede correr, también, cuando así lo acuerden las partes, a cargo del cliente. Por otra parte, y por lo que se refiere al transporte de estos materiales y bienes de equipo es frecuente que éste se rija por los INCOTERMS de la CCI, siendo entre ellos, la fórmula FOB, la más utilizada.

166. d) *Construcción de las obras.* Como requisito previo a la realización de las obras, el contratista tiene la obligación de obtener todos los permisos exigidos por las autoridades públicas del país de ejecución¹⁶⁵. También debe suministrar todas aquellas máquinas y materiales que, aún siendo de su propiedad, sean necesarios para la efectiva ejecución de la obra, sin que éstos puedan ser retirados sin el previo consentimiento del cliente o su representante¹⁶⁶.

Ahora bien, si al cliente le corresponde la obligación de poner a disposición del contratista el lugar dónde ha de ser ejecutada la obra, es competencia de este último, encargarse de los accesos por carretera, de su señalización, de la obtención de los permisos necesarios, a tal efecto, así como hacer frente a las posibles cargas legales que graviten sobre los mismos. También es frecuente que se prevean durante la ejecución del contrato determinadas obligaciones de organización y mantenimiento de la obra tales como la retirada de escombros o la adopción de medidas de seguridad y protección al medio ambiente, que no son más que una consecuencia de la aplicación inmediata de la reglamentación local a esta materia¹⁶⁷.

¹⁶² Vid. J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, pp.69 y ss.

¹⁶³ Vid. T. WIWEN-NILSSON, "Supply of Technology...", p. 285.

¹⁶⁴ Vid. Sub-cláusula 6.1 Condiciones FIDIC.

¹⁶⁵ Así, se contempla en la sub-cláusula 1.13 de las Condiciones Generales la FIDIC.

¹⁶⁶ Vid. la sub-cláusula 4.17 Condicones Generales FIDIC.

¹⁶⁷ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 111.

167. e) La puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada. En este sentido, es frecuente que en el contrato se prevea la realización por parte del contratista de una serie de *tests* o pruebas, a las que se hará referencia más adelante, con el fin de comprobar el exacto cumplimiento de sus obligaciones.

168. f) Además, el contratista puede asumir obligaciones de *asistencia técnica*, tales como la formación de personal local o la obligación de mantenimiento fuera del periodo de garantía. Por regla general, estas obligaciones no forman parte de la obligación global de resultado que se deriva de los contratos «llave en mano» sino que, más bien, quedan configuradas como simples obligaciones accesorias. Para este tipo de prestaciones, es aconsejable que el cliente celebre un contrato distinto con otras empresas especializadas.

169. Normalmente, el contratista, que puede ser una empresa o, lo que es más habitual, un grupo de empresas, puede estar representado a pie de obra, al igual que el cliente, por una persona nombrada a tal efecto. Las funciones del representante del contratista (*Contractor's Representative*) son, principalmente, dos: por una parte, dirigir tanto la preparación de los documentos relativos a la concepción del proyecto como la ejecución de las obras, y por otra, recibir todas las instrucciones, notificaciones y certificaciones emitidas por el cliente o su representante¹⁶⁸.

C) Sistema de garantías

170. Las propias características de los contratos «llave en mano», especialmente su larga duración y los importantes intereses económicos que ponen en juego, justifican que, en ellos, se recurra con el fin de asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones que se derivan del contrato a un sistema reforzado de garantías. Las funciones que éstas desempeñan son, sin embargo, distintas. Así, mientras que unas sirven para precisar el contenido de la obligación de resultado del contratista -tal y como se verá más adelante al hilo de la recepción de las obras por ser, ese, el momento en el que entran en juego, otras tienen por objeto proporcionar una cierta seguridad financiera al cliente en caso de incumplimiento del contratista. Estas últimas, siguiendo un uso extendido en el tráfico mercantil, adoptan generalmente la forma de garantías bancarias.

171. La difusión en el comercio internacional de las garantías personales, en general, y de las garantías bancarias en especial, se ha visto favorecida por la proliferación de operaciones que, como los contratos «llave en mano», son cada vez más complejas. Concretamente, en los contratos internacionales de construcción, cabe afirmar que las garantías bancarias encuentran un ámbito potencial de aplicación. En efecto, en éstos, junto a la garantía de sumisión de la oferta exigida normalmente a los contratistas durante la fase de negociación del contrato, hay que añadir como parte esencial de los mismos otras dos garantías: la garantía de buena ejecución y la garantía de restitución a cuenta. Tanto una como otra, quedan generalmente constituidas como garantías bancarias¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Vid. K. M. PEROLINI, "The Contractor's Consultant", *ICLR*, 1985, pp. 59 y ss. Esta posibilidad que tiene el contratista de nombrar a un representante a pie de obra queda contemplada, también, en la sub-cláusula 4.3 de las Condiciones FIDIC.

¹⁶⁹ Sobre las garantías contractuales en el comercio internacional, vid., en general, AA.VV., Régimen jurídico de la garantías contractuales en el comercio internacional, Madrid, 1981; íd., Régimen jurídico de las técnicas bancarias en el comercio internacional, Madrid, 1981; íd., Tratado de las garantías en la contratación mercantil, Madrid, 1996; R. F. BERTRAMS, Bank guarantees in international trade, 2ª ed., Deventer, 1996; A.-L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Las garantías contractuales (Fianza, garantías autónomas y Cartas de patrocinio en el comercio internacional)", en A.-L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Contratos internacionales, Madrid, 1997, pp. 1186 y ss.; U. DRAETTA/C. VACCÀ (coord.), Le Garanzie contrattuali. Fidejussioni e contratti autonomi di garanzie nella prassi interna e nel commercio internazionale, Milano, 1994; CH. GAVALDA/J. STOUFFLET, "La lettre de garantie internationale", *Rev. trim. dr. com.*, 1980, pp. 1 y ss.; L. HERNÁNDEZ MUÑOZ, Los riesgos y su cobertura en el comercio internacional, Madrid, 2013; E. HERVÁS CUARTERO, "Las garantías contractuales en las transacciones con el exterior", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1983, pp. 579 y ss.; N. HORN/E. WYMEERSCH, Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade, Deventer/Boston, 1990; Y. POULLET, "Les garanties contractuelles dans le commerce international", *Dr. prat. com. int.*, 1979, pp. 387 y ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, Operazioni bancarie internazionali e conflitti di leggi, Milano, 1984; F. SACRISTÁN BERGIA, El contrato de contragarantía (en el

a) La garantía de buena ejecución

172. A través de las garantías de buena ejecución (*Performance Security/garantie de bonne exécution/Liefer und Leistungsgarantie*) la entidad bancaria correspondiente (garante) asume la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero al cliente (beneficiario) en caso de que el contratista (deudor principal) incumpla o cumpla defectuosamente sus obligaciones contractuales. Éstas tienen un doble objeto: por una parte, sirven como medio de presión sobre el contratista para que no abandone la obra antes de cumplir sus obligaciones contractuales, y por otra, sirven para asegurar al cliente los medios financieros necesarios que le permitan, en caso de dificultades durante la recepción definitiva, terminar el contrato y conseguir la ejecución efectiva y material del proyecto¹⁷⁰.

173. Por exigencias del cliente, en la práctica, éstas garantías además quedan, generalmente, constituidas como garantías a primera demanda o primer requerimiento (*Demand Guarantees*), es decir, aquellas en las que un banco (garante), a solicitud de otra persona (deudor principal), se compromete a pagar una determinada cantidad de dinero ante la reclamación escrita del beneficiario.

174. El debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de las garantías a primera demanda como obligaciones accesorias u obligaciones independientes de la obligación garantizada, puede considerarse, hoy en día, superado. En el Derecho comparado, es opinión mayoritaria considerar las garantías a primera demanda como obligaciones independientes o abstractas. Esta calificación jurídica originariamente propuesta por la doctrina alemana, concretamente por STAMLER, conduce a definir el contrato de garantía como un contrato en virtud del cual el garante se obliga a responder, hasta un importe máximo y por tiempo determinado, de la consecución de un resultado económico determinado, derivándose, por tanto, del mismo una obligación principal, no accesoria de la obligación asegurada¹⁷¹.

175. Aunque estas garantías se basan siempre en la existencia de una obligación externa, no tienen por objeto el cumplimiento de la misma sino más bien otra obligación distinta consistente en pagar una determinada cantidad de dinero. Es precisamente, en este sentido, en el que cabe afirmar que son obligaciones abstractas o no accesorias de la obligación subyacente¹⁷².

ámbito de las garantía bancarias a primera demanda, Madrid, 2006; E. SCHAEFFER, "Des garanties bancaires a première demande dans les contrats clé en main", *Rev. jur. pol. indép. et coop.*, 1988, pp. 727 y ss.; CL. M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade...*, pp. 446 y ss.; F. G. VON WESTPHALEN, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, Heidelberg, 1982.

¹⁷⁰ Vid. G. W. JONES, "Performance Guarantees of Construction Contract: Surety Bonds Compared to Letters of Credit as Vehicles to Guarantee Performance", *ICLR*, 1994, pp. 3 y ss.; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 174.

¹⁷¹ Vid. F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991; *id.*, "La garanzie bancarie nel commercio internazionale", *Dir. com. int.*, 1987, pp. 127 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Las garantías contractuales...", pp. 1201 y ss.; J. CAMACHO DE LOS RÍOS, "Interpretación de las cláusulas a «primera demanda» en los contratos mercantiles", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1994, pp. 393 y ss., esp., pp. 395 y 396; A. CARRASCO PERERA, "Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento", en Aa.Vv., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, T. I, Madrid, 1996, pp. 629 y ss., esp. pp. 695 y 696; *id.*, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1991; M. CERDA OLMEDO, *Garantía independiente. Nueva forma de garantía personal realizable mediante simple reclamación del acreedor, surgida de la praxis del comercio internacional*, Granada, 1991; Y. DERAIS, "La abstracción causalidad en la garantía: la llamada garantía a primera demanda" en *Régimen jurídico de las garantías...*, pp. 179 y ss.; G. GARONE, "Le garanzie a prima richiesta - La giurisprudenza italiana", *Dir. com. int.*, 1994, pp. 35 y ss.; D. GUGGENHEIM, "La garantie bancaire principale et accessoire dans le commerce international et au regard du droit suisse" en *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, Genève, 1979, pp. 165 y ss.; N. HORN, "Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern", *NJW*, 1980, pp. 2153 y ss.; J. L. LACRUZ BERDEJO, "La causa en los contratos de garantía" *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1981, pp. 709 y ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989; A. PIERCE, *Demand Guarantees in International Trade*, London, 1993; G. B. PORTALE, "El contrato autónomo de garantía (causalidad y abstracción en el «Garantievertrag»?)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1990, pp. 633 y ss.; F. SACRISTÁN BERGIA, *El contrato de contragarantía (en el ámbito de las garantía bancarias a primera demanda)*, Madrid, 2006; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995; *id.*, "El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1993, pp. 541 y ss.; M. RUBINO-SAMMARTINO, "Performance Bonds: Primary or Secondary Obligations?", *Int. Bus. Law.*, 1985, pp. 125 y ss.; R. STAMLER, "Der Garantievertrag: eine civilistische Abhandlung" *Archiv für die civilistische Praxis*, LXIX, 1896, pp. 1 y ss.

¹⁷² Vid. M. RUBINO-SAMMARTINO, "Performance Bonds..." p. 126; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El reconocimiento jurisprudencial..." pp. 552-555.

176. El efecto más importante que se deriva de este carácter autónomo de la garantía a demanda es que el beneficiario puede reclamar el pago de la garantía sin que sea necesario, a tal efecto, que pruebe el incumplimiento de la obligación garantizada, y sin que el garante pueda, en este sentido, oponer ninguna excepción que derive de la relación jurídica subyacente. A través de ellas, tiene lugar además una inversión de la carga de la prueba, en tanto que es el deudor el que ha de probar que la demanda carece de fundamento. Este tipo de garantías que favorecen al acreedor y benefician a su vez a los bancos, en tanto que se mantienen al margen de cualquier litigio que pueda surgir entre las partes de la relación garantizada, dejan sin embargo desprotegido al deudor ante posibles reclamaciones abusivas. Tal es así, que incluso se las ha llegado a calificar como «garantías suicidas».

177. Uno de las mayores inconvenientes que se derivan de las garantías a primera demanda, especialmente para el deudor principal, es el de su utilización abusiva. En la *praxis* de los contratos internacionales de construcción, es relativamente frecuente que los beneficiarios de las garantías a primera demanda, es decir, los clientes, amparándose en su carácter autónomo, las conviertan en un medio de presión para exigir al garante y al deudor una extensión del plazo de validez de la garantía bajo amenaza de reclamar su cumplimiento, o que incluso soliciten el pago sin que haya mediado incumplimiento del deudor. Una forma de solucionar este tipo de comportamientos abusivos consiste en exigir junto a la reclamación escrita del pago, la presentación de determinados documentos como una prueba pericial, una sentencia o un laudo arbitral. Es, en este sentido, en el que cabe afirmar que las garantías a primera demanda son garantías documentarias. No obstante, la presentación de estos documentos no es más que una obligación «formal» que, en ningún caso, impide el pago de la garantía y que, en última instancia, tan sólo facilita la prueba del incumplimiento del deudor en el posible proceso que pudiese entablarse entre éste y el acreedor¹⁷³.

178. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el pago de la garantía reclamada abusivamente por el beneficiario, por ejemplo, sin mediar incumplimiento, deja sumido al deudor en la difícil situación de recuperar sus fondos, incluso cuando le haya sido favorable una sentencia o laudo arbitral porque, en estos casos, generalmente, será denegado el *exequatur* en el país del beneficiario, especialmente, si éste es un Estado o empresa pública¹⁷⁴.

179. El carácter absoluto de la garantía encuentra, sin embargo, un límite en el derecho del banco a negar el pago, algo que tiene lugar en dos supuestos: cuando el contrato que sirve de base a la garantía sea contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres y cuando la demanda del beneficiario sea *notoria o manifiestamente* abusiva¹⁷⁵.

180. Con independencia de la forma que adquiera la garantía de buena ejecución, ya sea una garantía incondicional o una garantía condicional, su montante suele oscilar entre el 5 y el 15 % del precio total del contrato y su validez se extiende, generalmente, hasta la recepción definitiva de la obra.

181. Pero las garantías de buena ejecución también pueden quedar configuradas como *Performance Bond*. A través de esta figura de origen anglo-americano, el garante, generalmente, una compañía aseguradora (*Bonding Company* o *Surity Company*), se compromete frente al cliente a cumplir el contrato en caso de que el contratista no pueda hacerlo. Este tipo de garantías, especialmente utilizadas en los contratos internacionales de construcción, a diferencia de las garantías bancarias, no tienen por objeto el pago de una suma de dinero sino la ejecución *in natura* de la obligación asegurada, siendo necesario, a tal efecto, que se demuestre o pruebe su incumplimiento.

¹⁷³ Vid. J. CAMACHO DE LOS RÍOS, "Interpretación de las cláusulas a «primera demanda»...", p. 409; G. GIACCHERO, "L'esussione abusiva della garanzia autonoma nel commercio internazionale", *Dir. com. int.*, 1994, pp. 543 y ss.; W. SEUNG CHONG, "The abusive calling of performance bond", *J. Bus. L.*, pp. 418 y ss.

¹⁷⁴ Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 183.

¹⁷⁵ Vid. J. CAMACHO DE LOS RÍOS, "Interpretación de las cláusulas a «primera demanda»...", pp. 411-412; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El reconocimiento de la jurisprudencia...", pp. 555-557.

Ante este evento, la compañía aseguradora puede optar entre: a) ejecutar el contrato, frecuentemente recurriendo a un nuevo contratista; b) solicitar al cliente que convoque un concurso público de ofertas para los trabajos que quedan por realizar, corriendo a cargo de la compañía aseguradora los costes adicionales que esto le pueda ocasionar; o c) finalmente, celebrar un contrato de cesión con el cliente o *Taking-Over Certificate*, con el objeto de ocupar su posición y concluir un contrato con otro contratista¹⁷⁶.

Aunque este tipo de garantía es la que sin lugar a dudas favorece más al cliente en tanto que le asegura un cumplimiento *in natura* del contrato, su elevado coste, precisamente debido a su propio objeto a veces de hasta el 100% del coste total del contrato, desaconseja su uso especialmente en los contratos «llave en mano» en los que el contratista ya asume considerables riesgos¹⁷⁷.

b) La garantía de reembolso o restitución a cuenta

182. Otra garantía siempre presente en los contratos «llave en mano», es la garantía de reembolso o restitución a cuenta. En efecto, en la mayor parte de los contratos internacionales de construcción, normalmente, se estipula que el cliente adelanta una parte del precio del contrato al contratista para que, este último, pueda comenzar la concepción detallada de la obra, comprar determinados materiales así como efectuar los primeros pagos a los subcontratistas. En contrapartida, se le exige a éste la constitución de una garantía, generalmente, bancaria denominada garantía de reembolso o de restitución a cuenta (*garantie de remboursement d'acomptes/Repayment Guarantee/Anzahlungsgarantie*), que tiene por objeto asegurar al cliente el reembolso o devolución de la parte del precio adelantado en caso de que el contratista no pueda por cualquier causa continuar la ejecución del contrato¹⁷⁸.

Por regla general, la emisión de esta garantía, cuyo montante coincide con la cantidad de dinero pagada a cuenta, se convierte en requisito *si ne qua non* para la emisión de la primera certificación de pago. Aunque su periodo de validez puede prolongarse hasta la recepción de la instalación industrial, lo más habitual es que se prevea en el contrato la posibilidad de una reducción progresiva.

2. Incidentes en la ejecución del contrato

183. La larga duración de los contratos internacionales de construcción, unido principalmente a las continuas fluctuaciones de las relaciones económicas internacionales en la que éstos se desenvuelven, son factores que justifican que en ellos se incluya, por regla general, una serie de cláusulas destinadas a regular las inevitables alteraciones de las que son objeto durante su propia ejecución y que pueden ser fruto o bien de la propia voluntad de las partes, o bien de acontecimientos imprevisibles. En este sentido, cabe afirmar que en el primer caso, las denominadas «*Variations*» (U.K.) o «*Changes*» (U.S.A.) *Clauses* y en el segundo, las cláusulas de *hardship* y las de fuerza mayor son las más comúnmente utilizadas.

A) Las «*variations clauses*»

184. En la práctica, la mayor parte de los contratos internacionales de construcción, contienen una cláusula destinada a regular lo que en el Derecho anglosajón se conoce con el término de «*Variations*». Con éste, se hace referencia de forma general a aquellas modificaciones ordenadas por el cliente, destinadas a aumentar, reducir o suprimir la cantidad, la calidad y/o la duración, incluida la suspensión de la obra, y que dan lugar a un ajuste del precio y en su caso, del plazo fijado para la ejecución del contrato. Estas modificaciones o *variations*, que encuentran su fundamento en el propio carácter evolutivo del proyecto, pueden proceder, a su vez, de una propuesta del ingeniero y/o del contratista según el tipo de contrato. En cualquier caso, para que den lugar a una compensación, es necesario que antes de su ejecución se obtenga del cliente, siguiendo el procedimiento establecido a tal efecto en el contrato, una orden

¹⁷⁶ Vid. J. DOHM, *Les garanties bancaires...*, p. 33; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 175 y 176.

¹⁷⁷ Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 176; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 123.

¹⁷⁸ Vid. J. DOHM, *Les garanties bancaires...*, p. 37; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 189 y 190.

escrita de modificación (*Variation Order*) que, generalmente, ha de contener: una especificación detallada de los trabajos que deben ser modificados, el modo de cálculo del precio y el plazo de su ejecución¹⁷⁹.

185. Ahora bien, en los contratos «llave en mano» es necesario distinguir entre las modificaciones introducidas en el proyecto como consecuencia de los mayores poderes concedidos al contratista y que encuentran su fundamento en el hecho de que la concepción detallada de la obra tiene lugar después de la conclusión del contrato, y las denominadas *variations*. A diferencia de éstas últimas, las primeras no necesitan la aprobación del cliente y no dan derecho a una compensación de los costes extraordinarios ni del tiempo empleado en su realización. Respecto a las *variations* o modificaciones ordenadas por el cliente en los contratos «llave en mano» es habitual, por el escaso control que éste ejerce sobre la concepción del proyecto, que sea el contratista el que las proponga bien *motu proprio* como consecuencia de su obligación de informar al cliente de las mejoras que puedan repercutir en una disminución del coste o en un aumento de la eficiencia de la planta industrial, bien *previa solicitud del cliente o su representante*. En ambos casos, la propuesta de modificación debe contener: una descripción del proyecto y/o de las obras a ejecutar así como el plazo de ejecución, las posibles alteraciones de las que puede ser objeto el programa general de la obra y el ajuste del precio del contrato.

Para que este tipo de modificaciones una vez realizadas den derecho al contratista a obtener un aumento del precio y, en su caso, del plazo fijado para la ejecución del contrato deben de recibir siempre la aprobación del cliente o de su representante.

186. También es habitual que, junto a la modificaciones ordenadas por el cliente relativas al proyecto propiamente dicho, sean tratadas como tales *variations*: las alteraciones derivadas de los cambios en la ley del país dónde se ejecutan las obras; la suspensión prolongada de las mismas; y los defectos o vicios de las maquinarias y materiales suministrados por el cliente¹⁸⁰.

B) Las cláusulas de *hardship*

187. Pero los contratos internacionales de construcción también pueden verse alterados por un cambio en las circunstancias económicas, políticas o tecnológicas existentes en el momento de concluir el contrato, que pueden llegar a provocar la ruptura del equilibrio de las prestaciones contractuales. Así, por ejemplo, en los contratos de construcción de plantas industriales existe el riesgo de que durante su ejecución aparezcan en el mercado nuevos procedimientos de fabricación que hagan obsoleta la tecnología que se está suministrando. En este tipo de situaciones, y salvo que se prevea lo contrario en el contrato, ni el contratista está obligado a proporcionar tales mejoras, en tanto que su prestación se haría más onerosa, ni el cliente tiene el derecho a exigirlos. Para intentar solucionar estas fluctuaciones, características de la vida económica actual, sobre el principio de equidad, se viene recurriendo en la práctica de la contratación internacional desde hace ya algún tiempo a las denominadas *cláusulas de adaptación*.

188. Aunque estas cláusulas, en las que las partes manifiestan su voluntad de acomodar o ajustar el contrato a las nuevas circunstancias, pueden adquirir diversas formas, cabe distinguir fundamentalmente dos clases: por una parte, las *cláusulas de adaptación particulares*, tales como las cláusulas de perfeccionamiento, las cláusulas de revisión de precios o las cláusulas de cliente más favorecido, y las *cláusulas de adaptación generales*, entre las que se incluyen las cláusulas de *hardship*. La diferencia esencial entre ambas es que mientras las primeras prevén una adaptación automática del contrato, esto es, sin intervención de las partes, las segundas provocan una negociación y una readaptación del contrato. La inclusión de ambas en un mismo contrato es perfectamente compatible¹⁸¹.

¹⁷⁹ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international* ..., pp. 326 a 340; S. M. FRANKLIN, "Change and Constructive Change Orders in the Performance of International Construction and Quasi-Sales Contracts", *Int. Bus. Law.*, 1988, pp. 258 y ss.; M. RUBINO-SAMMARTANO, "Time Factor in Variations in International Construction Contracts", *Int. Bus. Law.*, 1985, pp. 302 y ss.

¹⁸⁰ Vid., en este mismo sentido, vid. A. FELICIANI, "Turnkey Contracts...", pp. 109 y 110.

¹⁸¹ Vid. M. FONTAINE/F. DE LY, *La redacción de los contratos internacionales. Análisis de cláusulas*, Pamplona, 2013, pp. 491-533; PH. FOUCHARD, "L'adaptation des contrats a la conjoncture économique", *Rev. arb.*, 1979, pp. 67 y ss., esp. 69 a 74;

Precisamente, el efecto que se deriva de estas últimas, así como el uso cada vez más extendido en la contratación internacional, son razones suficientes que justifican una referencia especial a las mismas.

189. Las cláusulas de *hardship*, también denominadas cláusulas de imprevisión y de salvaguarda, tienen por objeto readaptar y renegociar el contrato cuando una alteración de las circunstancias inicialmente presentes provoca un desequilibrio sustancial de las obligaciones de las partes. Para que pueda aplicarse una cláusula de *hardship*, tal y como se desprende de esta definición, es necesario que concurren los siguientes tres requisitos: a) una alteración sustancial de las circunstancias; b) la imprevisibilidad y exterioridad del cambio, es decir, que aunque las partes sean conscientes de una posible alteración, no sean capaces de prever en el momento de concluir el contrato las consecuencias que se pueden derivar, y que, además, esa alteración no sea imputable a la parte que la invoca; y c) finalmente, un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, que haga la ejecución del contrato más onerosa para una ellas¹⁸².

190. Aunque algunas cláusulas de *hardship*, enumeran las circunstancias particulares que pueden dar lugar a una negociación del contrato, lo más habitual, por el carácter de imprevisibilidad que ha de concurrir en las mismas es que, éstas, queden redactadas en términos generales, limitándose a establecer, a tal efecto, que para que tenga lugar una renegociación del contrato como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido durante la ejecución del mismo, independientemente de su naturaleza política -acciones discriminatorias del gobierno, aplicación de nueva legislación sobre importaciones y exportaciones-, económica -cambios en el sistema monetario o restricciones a la transferencia de divisas- o tecnológica -aparición de nuevas técnicas o procedimientos de producción-, es necesario que se rompa el equilibrio económico del contrato¹⁸³.

191. En cualquier caso, las consecuencias que, generalmente, se derivan de las cláusulas de *hardship* son: a) una renegociación del contrato, que pese a no implicar la interrupción del mismo, frecuentemente queda limitada a un plazo de tiempo determinado con el fin de evitar las consecuencias adversas que pueden llegar a derivarse de una negociación prolongada, siendo también posible que se prevea en el contrato la suspensión temporal del mismo y b) en su defecto, es decir, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, tiene lugar o la adaptación del contrato por un tercero, generalmente, un árbitro, o si así lo han pactado las partes, la resolución unilateral del contrato, conservando siempre la otra parte contratante el derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales o arbitrales.

192. Las cláusulas de *hardship*, concretamente cuando en caso de desacuerdo entre las partes prevén la adaptación del contrato por un árbitro, plantean el importante dilema de saber si estamos en presencia o no de un verdadero arbitraje. Esta cuestión tiene una indudable transcendencia práctica puesto que si se niega el reconocimiento de esta facultad al árbitro, su decisión no será en rigor un auténtico laudo y, por tanto, no podrá beneficiarse del *exequatur*. Como argumentos en contra de que los árbitros puedan ejercer este tipo de funciones cabe citar que las partes no son en estos casos verdaderos adversarios, o que el árbitro, en realidad, asumiendo estas facultades lo que hace es sustituir la voluntad

V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 222 y 223; B. OPPETIT, "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»", *JDI*, 1974, pp. 794 y ss., esp. 797; S. SÁNCHEZ LORENZO, "La frustración del contrato", en S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed., Pamplona, 2013, pp. 1377-1437; S. SÁNCHEZ LORENZO (coord), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, 2012.

¹⁸² Vid. K. BÖCKSTIEGEL, "Vertragsklauseln über nicht zu vertretende Risiken im Internationalen Handelsverkehr", *RIW*, 1984, pp. 1 y ss.; M. FONTAINE, "Les Clauses de Hardship aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme", *Dr. prat. com. int.*, 1976, pp. 7 y ss.; esp. p. 9 y pp. 19-26; A. FRIGNANI, "Hardship Clauses" en *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged Buy-out, Hardship Clauses, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising, Know-how*; Torino, 1993, pp. 393 y ss.; *id.*, "La Hardship Clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e di Common Law", *Riv. dir. civ.*, 1979, pp. 680 y ss.; D. MASKOW, "Hardship and Force Majeure", *Am. J. Comp. L.*, 1992, pp. 657 y ss.; A. MONTAGUE, "Hardship Clauses", *Int. Bus. L.*, 1985, pp. 135 y ss.; M.C.A. PRADO, "La théorie du Hardship dans les principes de l'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international", *Dir. com. int.*, 1997, pp. 323 y ss.; CL. SCHMITTHOFF, "Hardship Clauses and Intervener Clauses", *J. Bus. L.*, 1980, pp. 82 y ss.

¹⁸³ Vid. J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, pp. 127-129, esp. 128; M. FONTAINE, "Les Clauses de Hardship...", pp. 24 y 25.

de la partes más que resolver una diferencia. Pero, no hay que olvidar que la interpretación de lagunas forma parte de la actividad jurisdiccional y, sobre todo, que el ejercicio o no de estas facultades dependerá en última instancia del acuerdo arbitral¹⁸⁴.

C) Las cláusulas de fuerza mayor

193. Otro mecanismo contractual presente en los contratos internacionales, entre ellos los contratos de construcción «llave en mano», son las *cláusulas de fuerza mayor*. Éstas tienen por objeto regular la situación derivada de acontecimientos imprevisibles que hacen imposible, eventual o definitivamente, la ejecución del contrato. A diferencia de las cláusulas de *hardship*, las cláusulas de fuerza mayor tienen por efecto la suspensión o resolución de contrato. En este sentido, cabe afirmar que las primeras cumplen una *función dinámica*, en tanto que tienden a eliminar los efectos adversos derivados de una alteración en las circunstancias haciendo posible, con ello, la ejecución del contrato, mientras que las segundas desempeñan una *función estática* porque tienen por efecto liberar a la parte afectada de sus obligaciones contractuales durante el tiempo que dure el acontecimiento constitutivo de la fuerza mayor¹⁸⁵.

194. En el ámbito internacional, pueden distinguirse tres clases de cláusulas de fuerza mayor: aquellas que, inspirándose en los sistemas de Derecho civil, tienden a definir de forma abstracta lo que se entiende por fuerza mayor; las que siguiendo una práctica habitual en el *Common Law*, se limitan a enumerar los acontecimientos constitutivos de fuerza mayor; y finalmente, las más utilizadas en la práctica internacional, esto es, las que sintetizando las dos anteriores, comprenden tanto una definición como una enumeración de los acontecimientos constitutivos de la fuerza mayor¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Vid., *ad ex.*, G. BERNINI/H.M. HOLTZMANN, “Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l’exécution des contrats à long terme”, *Rev. arb.*, 1975, pp. 18 y ss.; M. J. BONELL, “La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?”, *Riv. comm.*, 1978, pp. 315 y ss.; B. M. CREMADES, “El arbitraje en los contratos de ejecución duradera”, en *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, 1977, pp. 95 y ss.; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho...*, pp. 713-715; R. DAVID, *L’arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982, esp. pp. 32-36; M. FONTAINE/F. DE LY, *La redacción de los contratos internacionales. Análisis de cláusulas*, Pamplona, 2013, pp. 439-489; PH. FOUCHARD, “L’adaptation des contrats...”, pp. 67 y ss.; H. M. HOLTZMANN, “Le droit des Etats-Unis relatif aux pouvoirs des arbitres de combler les lacunes d’un contrat à long terme”, *Rev. arb.*, 1975, pp. 60 y ss.; H.M. HOLTZMANN/G.V.E. BERNINI, “Cas d’hypothèse pour illustrer l’utilisation qui est faite de l’arbitrage pour combler les «lacunes» dans les contrats commerciaux internationaux à long terme”, *Rev. arb.*, 1975, pp. 127 y ss.; N. HORN, “Third-Party Intervention”, *Int. Bus. Law.*, 1985, pp. 139 y ss.; J. JAKUBOWSKI, “Some Legal Aspects of Industrial Co-operation in East-West Relations”, *RCADI*, 1979-II, t. 163, pp. 247 y ss., esp. p. 297; L. KOPELMANAS, “La rédaction des clauses d’arbitrage et le choix des arbitres”, en *Hommage à Frédéric Eisemann. Liber amicorum*, Paris, 1978, pp. 23 y ss., esp. pp. 25 y 26; CH. DEL MARMOL, “L’importance et l’interprétation du contrat (dans ses relations avec l’arbitrage commercial international)”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1980, pp. 158 y ss.; B. OPPETIT, “L’arbitrage et les contrats commerciaux...”, pp. 91 y ss.; *id.*, “Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel: à propos d’une jurisprudence récente”, *Rev. arb.*, 1977, pp. 315 y ss.; J. PAULSSON, “L’adaptation du contrat”, *Rev. arb.*, 1984, pp. 249 y ss.; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, 1980, esp. pp. 42 y 43; *id.*, “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères”, *RCADI*, 1984-I, t. 184, pp. 169 y ss., esp. pp. 196 y 197; P. SANDERS, “Trends in the Field of International Commercial Arbitration”, *RCADI*, 1975-II, t. 145, pp. 205 y ss., esp. pp. 227-235; *id.*, “L’arbitrage dans les transactions commerciales à long terme”, *Rev. arb.*, 1975, pp. 83 y ss.; C. RUCELLAI, “L’arbitrage comme instrument pour combler les «gaps» dans les contrats internationaux à long terme”, *Rev. arb.*, 1975, pp. 121 y ss.

¹⁸⁵ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 292 y ss.; M. FONTAINE, “Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux”, *Dr. prat. com. int.*, 1979, pp. 469 y ss.; P. GAUCH, “Price Increases or Contract Termination in the Event of Extraordinary Circumstances”, *ICLR*, 1987, pp. 265 y ss.; N. M. GREEN, “Force majeure in International Construction Contracts”, *Int. Bus. L.*, 1985, pp. 505 y ss.; S. JEREMIAH, “Insurability of Force Majeure Events in Construction Contracts”, *ICLR*, 1995, pp. 319 y ss.; PH. KAHN, “Force majeure et contrats internationaux de longue durée”, *JDI*, 1975, pp. 467 y ss.; PH. LANE BRUNER, “Force Majeure under International Law and International Construction Contract Model Forms”, *ICLR*, 1995, pp. 274 y ss.; H. LESGUILLONS, “Frustration, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage”, *Dr. prat. com. int.*, 1979, pp. 507 y ss.; R. KNUTSON, “Common Law Development of the Doctrines of Impossibility of Performance and Frustration of Contracts and their Use and Application in Long-Term Concession Contracts”, *ICLR*, 1997, pp. 298 y ss.

¹⁸⁶ Vid., *ad ex.*, A. C. CATES, “Some effects of Economic War on Parties to International Contracts”, *The International Contract-Law & Finance Review Yearbook*, 1980, pp. 222 y ss.; M. FONTAINE, “Les clauses de force majeure...”, pp. 478-480; J. G. GOLDWORTH, “When a Contract can no longer be performed - Case of Frustration”, *The International Contract-Law & Finance Review Yearbook*, 1980, pp. 236 y ss.; N. M. GREEN, “Force majeure...”, pp. 505 y ss.; W. W. OBERREIT, “Turnkey Contracts and War: Whose Risk?”, en N. HORN/CL. M. SCHMITTHOFF (ed.), *The Transnational Law of International Transactions*, vol. 2, Deventer, 1982, pp. 191 y ss.

195. Aunque las consecuencias que, generalmente, se derivan de una cláusula de fuerza mayor son la suspensión temporal del contrato y, en caso de una prolongación permanente del acontecimiento en cuestión, la resolución del mismo, en los contratos internacionales de construcción, entre ellos los contratos «llave en mano», se observa una tendencia cada vez más frecuente a sustituir el efecto suspensivo por la obligación de las partes de continuar la ejecución de la obra, eso sí, a cambio de una renegociación del contrato. Pero, a diferencia de las cláusulas de *hardship*, esta adaptación no es obligatoria, reservándose siempre, en este sentido, la parte perjudicada el derecho a resolver el contrato.

3. Recepción de la obra

196. De forma general, cabe afirmar que en los contratos de construcción para que se consideren cumplidas las obligaciones del contratista es necesario que el cliente, tras comprobar su conformidad con las estipulaciones contractuales, acepte la obra. Concretamente, en la praxis internacional, esta acto queda dividido en dos momentos: la recepción provisional (*Substantial Completion*) y la recepción definitiva (*Final Acceptance*)¹⁸⁷.

197. Esta dualidad de recepciones, conocida ya por los distintos sistemas nacionales, tiene por finalidad “asegurar el cumplimiento exacto de las obligaciones del contratista, ante la presunta existencia de deficiencias, que sólo el tiempo y el uso pueden poner de relieve”¹⁸⁸. La recepción provisional constituye, en definitiva, una garantía para el cliente que, aun habiendo tomado posesión de la obra, se reserva el derecho frente al contratista de exigir la reparación de los vicios o defectos que se manifiesten durante el plazo que transcurre entre ambas recepciones.

198. Como en los demás contratos internacionales de construcción, en los contratos «llave en mano» también es habitual que se distingan dos recepciones. No obstante, la obligación global que en ellos asume el contratista frente al cliente de concebir, construir y poner en funcionamiento una planta industrial, justifica por su amplitud y complejidad, que se efectúen durante distintos momentos de la vida del contrato, y antes de que tenga lugar la recepción de las obras una serie de controles que adquieren la forma de pruebas o *tests*, cuyo fin no es otro sino el de verificar progresivamente el exacto cumplimiento de las obligaciones contractuales. Generalmente, los contratos «llave en mano» contienen minuciosas disposiciones que tienen por objeto regular el procedimiento a seguir para la realización de estas pruebas -condiciones en las que han de llevarse a cabo, resultados que se deben alcanzar, etc...- así como las consecuencias de la no obtención de los resultados acordados. A través de ellas, se precisa el resultado final garantizado por el contratista y se lleva a cabo, a su vez, una distribución de los riesgos entre éste y el cliente¹⁸⁹.

199. Entre las pruebas que, habitualmente, se utilizan en el contrato «llave en mano» se encuentran: a) las *pruebas mecánicas*, que generalmente duran tres días, y tienen por objeto verificar que los bienes de equipo y las máquinas han sido montados correctamente; b) las *pruebas de funcionamiento o de rodaje*, que se realizan durante el montaje de producción y sirven para comprobar que los equipos funcionan con la materias primas y productos indicados en el contrato y c) las *pruebas de rendimiento*, que tienen por objeto demostrar la capacidad de producción de la fábrica. Generalmente, corresponde al contratista suministrar toda la información, materiales, aparejos y personal cualificado para su efectiva consecución, corriendo también por su cuenta los costes de realización. No obstante, antes de su ejecución, el contratista debe, según el procedimiento previsto en el contrato, avisar al cliente por escrito y con la suficiente antelación para que éste último pueda tomar las medidas necesarias, a tal efecto. Es

¹⁸⁷ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 341-343.

¹⁸⁸ Vid. M.A. DEL ARCO/M.PONS, *Derecho de la construcción*, 2ª ed., Jaén, 1987, p. 272.

¹⁸⁹ Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 233 y ss., esp. 234; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, pp. 124 y ss., esp. 124.

posible que en el contrato se prevea para la realización de algunas de estas pruebas la participación del propio personal del cliente, pero siempre bajo la dirección del contratista¹⁹⁰.

Durante el desarrollo de las pruebas mecánicas y las pruebas de funcionamiento es difícil, por el momento en el que tienen lugar, que surjan problemas técnicos que impidan obtener los resultados acordados. Por regla general, cuando no son alcanzados, el contratista está obligado a una ejecución *in natura*, y, cuando así lo considere oportuno el cliente, a una repetición de las pruebas bajo las mismas condiciones contractuales. En ambos casos, los posibles costes adicionales que se pudieran ocasionar corren a cargo del contratista¹⁹¹.

200. Las verdaderas dificultades técnicas aparecen, sin embargo, cuando el contratista intenta demostrar al cliente, a través de las pruebas de rendimiento, que la planta industrial en cuestión cumple los parámetros funcionales garantizados contractualmente pues de éstos depende, en definitiva, que tenga lugar o no, la recepción provisional de la fábrica. En este sentido, cabe afirmar que las pruebas de rendimiento (*Test on Completion*) constituyen una pieza clave en los contratos «llave en mano». A través de ellas, no sólo se verifica la capacidad de producción de la fábrica sino que también sirven, a su vez, para comprobar otros dos factores de especial importancia en los contratos «llave en mano»: la eficacia del proceso de fabricación y la concepción de la obra en su conjunto¹⁹².

201. Aunque en la práctica contractual existen distintas formas de sancionar la no obtención de los resultados garantizados por el contratista, lo más habitual es que éste esté obligado en primer lugar a una ejecución *in natura*, es decir a llevar a cabo todas las reparaciones y modificaciones necesarias para el correcto funcionamiento de la instalación industrial, siendo también frecuente que, posteriormente, se proceda a una repetición de las pruebas. Es posible, que éste deba pagar además una penalidad por demora, calculada sobre la base de una tarifa -generalmente, un tanto por ciento del precio del contrato-, si como consecuencia del periodo de tiempo requerido para efectuar las reparaciones, no entrega la obra en el plazo determinado en el contrato. Tanto estas penalidades financieras como las que tienen por objeto sancionar el incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista, no pueden exceder, sin embargo, la cantidad máxima establecida en el contrato, quedando de esta forma limitada la responsabilidad del contratista. Para referirse a ellas, los contratos internacionales de construcción, utilizan frecuentemente el concepto de *liquidated damages*. En el *Common Law*, se conocen dos tipos de cláusulas penales: los *liquidated damages*, que no son más que una valoración llevada a cabo por las partes, en el momento de concluir el contrato, del perjuicio ocasionado por el incumplimiento o el retraso en la ejecución, y los *penalties*, que generalmente establecen una penalidad enorme y sin proporción al perjuicio sufrido por las partes. Este últimos, a diferencia de los primeros, son frecuentemente objeto de modificación e, incluso, de anulación por parte de los tribunales nacionales y arbitrales. De ahí, la importancia de la precisión¹⁹³.

Si tras la repetición de las pruebas, el contratista no consigue alcanzar los resultados previstos, el cliente puede, además de recurrir a la garantía de buena ejecución, optar entre aceptar la obra pero reduciendo el precio del contrato o recibiendo una compensación en forma de penalidad, o finalmente,

¹⁹⁰ En este sentido, la cláusula 7 de las Condiciones FIDIC

¹⁹¹ Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 235-237; F. NICKLISH, "Performance Guarantees in Turnkey Heavy Plant Contracts", *ICLR*, 1990, pp. 250 y ss., esp. 251-254; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, pp. 126-128.

¹⁹² Vid. S. LUPTON, "Performance Specifications: The Legal Implications", *ICLR*, 1996, pp. 28 y ss.; N. MAHTANI, "Issues Concerning Performance Guarantees and Related Remedies in Construction Contracts", *ICLR*, 1994, pp. 363 y ss.; M. SANSON/M.-A. SALEM-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, pp. 127 y ss.

¹⁹³ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 351-353; M. FONTAINE, "Les clauses pénales dans les contrats internationaux", *Dr. prat. com. int.*, 1982, pp. 401 y ss.; J. J. GOUDSMIT, "Exclusion or Limitation of Liability in a Turnkey Contract", *ICLR*, 1990, pp. 314 y ss.; R. HORSEFALL TURNER/J. SCRIVEN, "Liability and Limitations under Construction Contracts (with Certain Particular References to the Middle East)", *ICLR*, 1996, pp. 5 y ss.; P. MURRAY, "Comparative analysis of liquidated damages and penalty clauses", *The International Contract-Law & Finance Review Yearbook*, 1981, pp. 259 y ss.; F. NICKLISH, "Remedies of the employer for delay in completion under the contract and at law: liquidated and unliquidated damages: termination", en H. LLOYD (ed.), *The liability of contractors*, London, 1986, pp. 89 y ss.

en aquellos casos en los que medie una considerable desviación entre los resultados obtenidos y los garantizados, rechazar total o parcialmente la obra y, por tanto resolver el contrato según el procedimiento previsto a tal efecto¹⁹⁴.

202. La obtención de los resultados previstos en el contrato da lugar a la recepción provisional que puede ser expresa o tácita.

La recepción provisional es *expresa* cuando el cliente manifiesta su aceptación de la obra o de la sección del proyecto correspondiente, si éste se ha dividido en partes, en un documento denominado *Take Over Certificate*, previa solicitud del contratista. Es habitual, en este sentido, que en el contrato se establezca un procedimiento a tal efecto. Pero también se determinan frecuentemente en el mismo, los supuestos de *recepción tácita*, es decir, aquellos que implican una voluntad inequívoca de aceptar la obra sin que haya mediado un procedimiento previo, y que tienen por fin salvaguardar al empresario ante una inmovilización injustificada de su personal y de su maquinaria por causas imputables al cliente. Generalmente, la recepción tácita tiene lugar: a) cuando transcurrido un determinado periodo de tiempo -variable según cada contrato- tras la solicitud de recepción del contratista, el cliente o su representante guardan silencio; b) cuando el cliente utiliza cualquier parte de obra antes de emitir su aprobación; c) cuando por causas imputables al cliente, el contratista no puede llevar a cabo las pruebas de rendimiento en la fecha indicada, en cuyo caso se consideran aceptadas en el día en el que debieron ser realizadas. No obstante, este último supuesto en aquellos casos en los que el retraso ocasionado por el cliente sea de escasos días, puede resultar desproporcionado con las consecuencias que se derivan de la recepción, especialmente, si se tiene en cuenta que el cliente pierde la posibilidad de apreciar la calidad de la fábrica. Tal vez, fuese por ello más acertado y equitativo, conceder un plazo de tiempo adicional al contratista para que efectuase las pruebas, corriendo a cargo del cliente los costes adicionales que se pudieran originar así como los daños y perjuicios ocasionados por la demora¹⁹⁵.

203. Con la recepción provisional tienen lugar la transferencia de la propiedad y de los riesgos de la explotación industrial al cliente. Es decir, a partir de ese momento le corresponde a él y no al contratista alcanzar los rendimientos de la planta industrial. De ahí que pueda afirmarse que la recepción provisional constituye el único momento en el que se controla la capacidad y calidad de producción de la instalación industrial. Por lo que se refiere a la propiedad de las maquinarias y materiales que ha de suministrar el contratista, en los contratos «llave en mano», ésta tiene lugar, generalmente, conforme a los INCOTERMS, siendo la fórmula FOB la más utilizada¹⁹⁶.

204. También se inicia un periodo de garantía. En efecto, durante el periodo de tiempo que transcurre entre la recepción provisional y la definitiva, el contratista está obligado a subsanar los vicios que procedan de un defecto en la concepción de la planta, en la maquinaria y materiales y/o del incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones contractuales. Cuando el contratista incumple esta garantía, el cliente puede optar entre realizar los trabajos necesarios para subsanar los defectos a coste y riesgo del contratista, reducir el precio del contrato, o, incluso, en el caso de que el defecto sea de tal naturaleza que impide el uso para el que ha sido destinada la obra total o parcialmente, resolver el contrato. En este último supuesto, el cliente podrá exigir al contratista el reembolso del precio pagado por esa parte de la obra, así como los costes ocasionados por el desmantelamiento y retirada de escombros¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Vid. F. NICKLISCH, "Performance Guarantees...", pp. 254 y 255; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»*..., p. 131.

¹⁹⁵ Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels*..., p. 240; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»*..., p.130.

¹⁹⁶ Vid. J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats*..., p. 123. Sin embargo, el *Libro naranja* de la FIDIC, establece expresamente que la transferencia de la propiedad tiene lugar en el momento de su llegada a la obra, respondiendo no obstante el contratista de la custodia de los mismos hasta la recepción provisional salvo si estos perecen por caso fortuito (sub-cláusulas 7.2; 7.6 y 17.2).

¹⁹⁷ Sobre la responsabilidad del contratista «llave en mano», *vid.*, *ad ex.*, N. G. BUNNI, "Liability of Contractors for Design and Construction", *ICLR*, 1993, pp. 441 y ss.; O. GOHIN, "La responsabilité du fournisseur dans le contrat clé en main", *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 677 y ss.; A. MONTAGUE, "The responsibilities of a contractor under a design and build contract: the drafting of the contract for the Docklands Light Railway", en H. LLOYD (ed.), *The liability of contractors*, London, 1986, pp. 46 y

205. En determinadas ocasiones, el contratista también está obligado a proporcionar durante este periodo de tiempo la *asistencia técnica* necesaria para el funcionamiento de la planta industrial y para la *formación de personal local*. Es posible que, tras la recepción provisional, se prevea en el contrato que el cliente, asistido por el contratista, lleve a cabo con su propio personal las pruebas de rendimiento (*Test after Completion*). Pero, en estos casos, el contratista asume una obligación de medios y no de resultado. De ahí que el cliente, si no alcanza los rendimientos o la capacidad de producción verificada durante la recepción provisional, sólo pueda exigir responsabilidad al contratista si se consigue probar que no actuó con la diligencia debida en el cumplimiento de sus prestaciones, y/o si se ha establecido un penalidad a tal efecto en el contrato¹⁹⁸.

206. La expiración de este periodo de garantía da lugar a un procedimiento en el que se consigna por escrito la aprobación del cliente en un documento (*Performance Certificate*). La *recepción definitiva* de la obra supone: a) la extinción de la responsabilidad del contratista, salvo la garantía legal que se inicia a partir de este momento y cuya duración dependerá del Derecho aplicable al contrato; b) la devolución de la garantía de buena ejecución; y c) la devolución de las retenciones (*Retention Money*), es decir, de aquel porcentaje específico -generalmente, entre el 5 al 10% del precio total- retenido por el cliente con el fin de subsanar los defectos que puedan descubrirse en las obras. No obstante, la devolución de las retenciones puede tener lugar o transcurrido un periodo de tiempo determinado, o puede fraccionarse desembolsándose la mitad de esta cantidad cuando tiene lugar la recepción provisional de la obra y la otra mitad en la recepción definitiva¹⁹⁹.

IV. Resolución de conflicots

1. Consideracioes generales

207. De los contratos internacionales de construcción, ya sean de ingeniería civil, ya sean de plantas industriales se derivan, especialmente durante su ejecución, un considerable número de litigios. Las razones de esta especial sensibilidad al surgimiento de diferencias hay que encontrarlas en sus propias características sobre todo en su larga duración, en la indeterminación de su objeto en el momento de concluir el contrato y en el gran número de personas que intervienen en su ejecución. Basta hacer una breve referencia a cada una de ellas para poder vislumbrar el verdadero alcance de la litigiosidad potencial propia de este tipo de contratos²⁰⁰.

208. Desde que se inicia la realización de un proyecto de construcción con las primeras fases de planificación hasta que finaliza con la completa ejecución de las obras o, más exactamente, con la expiración del periodo de garantía o de mantenimiento, transcurren generalmente varios años. Durante este largo periodo de tiempo, pueden producirse, dadas las inevitables fluctuaciones económicas y políticas propias del mundo contemporáneo, determinados cambios en las circunstancias que incidan, bien en las obligaciones contractuales de las partes, bien en los objetivos del cliente o, incluso, en la situación económica del contratista. Cambios, todos éstos, que están predestinados a convertirse en una de las

ss.; R. SAINT-ALARY, "La réception de l'ouvrage (régime et conséquences en droit français et international)", *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 710 y ss.

¹⁹⁸ Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 237-240; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, pp. 129-133.

¹⁹⁹ Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 344 y ss.; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 241; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 133.

²⁰⁰ Vid. F. NICKLISCH, "Besondere Vertragsstrukturen von Bau- und Anlagenverträgen - Auswirkungen auf Mängelhaftung, Vergütung von Mehrleistungen und Streiterledigung", en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau*, Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1984, pp. 9 y ss., esp. pp. 10 y 11.; M. E. SCHNEIDER, "Schiedsverfahren in Streitigkeiten aus Bau- und Anlagenverträgen", en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung...*, pp. 159 y ss., esp. pp. 160-162; D. STREITFEILD-JAMES, "Major Construction Projects and Dispute Resolution: Does Adjudication have a Role to Play?", *ICLR*, 2003, pp. 483-503, esp. pp. 490-491.

posibles fuentes del surgimiento de litigios. Por otra parte, la creciente complejidad de los proyectos internacionales de construcción -por lo general, de grandes dimensiones- impide que en el momento de concluir el contrato exista una concepción detallada de las obras. Esta indeterminación del objeto contractual puede resultar especialmente litigiosa, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se intenta determinar el precio -sobre todo si el contrato es a precio alzado- de ciertas obras realmente ejecutadas pero no previstas inicialmente en el contrato: si éstas se consideran concretizaciones del proyecto, entrarían a formar parte del precio alzado, pero si, por el contrario, se califican como obras adicionales, darían derecho al contratista a exigir el pago. Finalmente, el gran número de personas que, junto al cliente y al contratista, participan en la ejecución de un proyecto -órganos de financiación, subcontratistas, *nominated-subcontractors*, transportistas, etc...-, implica la existencia de un verdadero entramado de relaciones jurídicas que, pese a los esfuerzos de coordinación, están abocadas a favorecer la aparición de litigios²⁰¹.

209. En este contexto, el interés común de las partes es doble: por un lado, que la aparición de controversias perjudique lo menos posible el transcurso normal de las obras o la ejecución del contrato, y por otro, como consecuencia directa de lo anterior, que se asegure una resolución de litigios rápida, eficaz y adaptada a las particularidades de este tipo de contratos. En este sentido, es fácil entender que, en el ámbito de la construcción internacional, exista una cierta *animadversión* hacia el arbitraje internacional como único medio de arreglo de diferencias. Este recelo se ha visto especialmente incrementado por la propia evolución que el arbitraje comercial ha experimentado en los últimos años, acentuando su carácter jurisdiccional y, consecuentemente, la lentitud y los costes de procedimiento²⁰².

210. Éstos dos factores -la litigiosidad potencial de los contratos internacionales de construcción y la consiguiente necesidad de disponer de una resolución rápida y eficaz de controversias unido al estado actual del arbitraje comercial internacional- han sido los que, en la práctica, han potenciado el recurso cada vez más frecuente a diversos mecanismos no jurisdiccionales de resolución de litigios.

211. En este tipo de contratos, el arreglo de diferencias tiene lugar a través de distintas fases sucesivas (*Step by Step*) que, *grosso modo*, pueden reducirse a dos: una primera, en la que las partes intentan llegar a una solución de sus diferencias utilizando alguno o algunos de los mecanismos no jurisdiccionales de resolución de litigios previstos en el contrato y una segunda, en la que como último recurso se prevé el sometimiento del litigio o bien al arbitraje -lo que será más habitual-, o bien a los tribunales estatales²⁰³.

212. Aunque en la práctica negocial han surgido distintos procedimientos alternativos de resolución de litigios o *Alternative Dispute Resolution Procedures* (ADR), todos ellos persiguen una finalidad común: permitir a las partes, ayudadas o no de una o varias personas cualificadas, neutrales y más o

²⁰¹ Vid., *ad ex.*, K.-H. BÖCKSTIEGEL, "Erfahrungen als Schiedsrichter in Streitfällen des Großanlagenbaus und der Bauindustrie", en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung...*, pp. 311 y ss., esp. pp. 323-329; J.-A. BOON, "Schiedsspruch - «Schlüssselfertige» Verträge - Streitkellen - Hilfsmittel", en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung...*, pp. 245 y ss.

²⁰² Vid. M. W. ABRAHAMSON, "Contractual Issues-Can the Contract help?", en Institution of Civil Engineering (ed.), *Management of Large Capital Projects*, London, 1978, p. 104; M. BARNES, "Prevention is Better than Dispute", *ICLR*, 1987, pp. 196 y ss.; R. COULSON, "Dispute Management under Modern Construction Systems", *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 127 y ss.; J. A. FISHER, "Prevention is Better than Cure, or How to Avoid Costly Mistakes in Hong Kong Construction Contracts", *ICLR*, 1988, pp. 342 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 463 y 464; M. HOELLERLING, "Construction Arbitration: the Latest Developments", *ICLR*, 1987, pp. 205 y ss.; B. VON HOFFMANN, "Wege zur Beilegung von Streitigkeiten in internationalen Bauverträgen", en *Der Streit bei internationalen Bauverträgen*, vol. 8, Braunschweig, 1981, pp. 21 y ss., esp. p. 28; H. M. HOLTZMANN, "Use of Impartial Technical Experts to Resolve Engineering and other Technological Disputes before Arbitration", en *Arbitrage commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 233 y ss.; P. LORD-SMITH, *Arbitration for Builders*, London, 1980, p. V; J. J. MYERS, "Could Arbitration be made a more Effective Method of Resolution of Construction Disputes?", *Int. Bus. Law.*, 1991, pp. 313 y ss.

²⁰³ Vid., *ad ex.*, P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 463 y 464, pp. 486 y 487; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 269 y ss., esp. p. 269; J. J. MYERS, "Resolving Disputes in Worldwide Infrastructure Projects", *ICLR*, 1995, pp. 429 y ss., esp. pp. 435 y 466; F. NICKLISCH, "Besondere Vertragsstrukturen...", pp. 23-26.

menos independientes, resolver de forma amistosa sus diferencias antes de recurrir al arbitraje o a la correspondiente jurisdicción estatal²⁰⁴.

213. La difusión de la que están siendo objeto estos mecanismos alternativos de resolución de litigios en el comercio internacional, especialmente, en materia de contratos de construcción, ha provocado ya la creación de diversas instituciones -como el *Centre for Dispute Resolution* de Londres- cuya función principal es la de ofrecer a sus miembros asesoramiento y servicios respecto a este tipo de procedimientos²⁰⁵.

214. El recurso cada vez más frecuente a los denominados *procedimientos alternativos de resolución de litigios* en los contratos internacionales de construcción, se encuentra doblemente justificado: de una lado, por la necesidad que sienten las partes implicadas en la ejecución de un proyecto -que, inicialmente, debe de ser ejecutado dentro del plazo y el presupuesto previstos-, de asegurarse una resolución de litigios eficaz, rápida y adaptada a las particularidades que se derivan de este tipo de contratos, y de otro lado, por el deseo de evitar ciertos inconvenientes que presentan tanto el arbitraje internacional como la jurisdicción estatal, especialmente, la lentitud y altos costes del procedimiento²⁰⁶.

215. Como una alternativa a estos últimos, los mecanismos de resolución no jurisdiccional de litigios ofrecen a las partes la posibilidad de evitar los rígidos pero, a su vez, necesarios e inevitables trámites procesales ligados a la institución judicial y arbitral, permitiéndoles, en su lugar, alcanzar a través de distintos medios mucho más flexibles una solución negociada de sus diferencias basada más en sus intereses y necesidades comerciales que en estrictos y, a veces, inapropiados principios jurídicos y legales. Se trata, en definitiva, de una serie de procedimientos de carácter contractual que favorecen la continuidad de las relaciones comerciales; facilitan la resolución amistosa y confidencial de las diferencias; permiten, por su flexibilidad e informalidad, centrarse en las cuestiones verdaderamente litigiosas; ofrecen, por su corta duración, soluciones rápidas y resultan más baratos. Así mismo, éstos implican, por

²⁰⁴ Vid. C. MACHO GÓMEZ, “Los ADR “alternative dispute resolution” en el comercio internacional”, *CDT*, 2013-2, pp. 398-427.

²⁰⁵ El *Centre for Dispute Resolution* de Londres (CEDR), que comenzó su labor oficialmente en el año 1990, es la primera institución en Europa especializada en la gestión de procedimientos alternativos de resolución de litigios. Integrado por comerciantes, especialmente, compañías internacionales de construcción, abogados y peritos, el CEDR ofrece a sus miembros asesoramiento y servicios sobre las distintas técnicas de resolución no jurisdiccional de litigios. A tal efecto, cuenta con un grupo de personas cualificadas para intervenir en este tipo de procedimientos. Vid. <http://www.cedr.co.uk/>.

En otros países como Estados Unidos y Australia, instituciones como el *Center for Public Resources* (CPR) y el *Australian Commercial Dispute Centre* (ACDC.) respectivamente, que han inspirado la fundación del CEDR, vienen desempeñando una entrañable labor en la potenciación de los procedimientos alternativos de resolución de litigios. Vid. E. CARROL/G.DIXON, “Alternative Dispute Resolution Developments in London”, *ICLR*, 1990, pp. 436 y ss., esp. p. 436.

²⁰⁶ Sobre los procedimientos alternativos de resolución de litigios, *vid.*, *ad ex.*, A. BEVAN, *Alternative Dispute Resolution*, London, 1992; T. BURKE/C.CHINKIN, “Drafting Alternative Dispute Resolution Clauses”, *ICLR*, 1990, pp. 443 y ss.; *id.*, “Expert Determination as a Viable Alternative to Arbitration and Litigation”, *ICLR*, 1989, pp. 401 y ss.; P. CALDWELL, “Resolving Construction Disputes in Hong Kong”, *ICLR*, 1991, pp. 386 y ss.; E. CARROL/G.DIXON, “Alternative Dispute Resolution. Developments in London”, *ICLR*, 1990, pp. 436 y ss., esp. pp. 437 y 438; R. COULSON, “Dispute management under Modern Construction Systems”, *Law and Contemporary Problems*, 1983, pp. 127 y ss.; J. A. FISHER, “Has Arbitration Failed in Hong Kong? Will Mediation Succeed?”, *ICLR*, 1990, pp. 463 y ss.; A. H. GAEDE, “ADR - The US Experience and Some Suggestions for International Arbitration: The Observations of an American Lawyer”, *ICLR*, 1991, pp. 5 y ss.; J. GOEDEL, “Vertragliche Regelungen zur Streitbeilegung in internationalen Bau- und Anlagenbauverträgen”, en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Steiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II)*, Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1995, pp. 67 y ss.; S. B. GOLDBERG/F. E.A SANDER/ N.H. ROGERS, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes*, 3ª ed, New York, 1999; S. B. GOLDBERG/ ERIC D. GREEN/F. E.A SANDER, *Dispute Resolution*, Boston/Toronto, 1985; P. HIBBERD/P. NEWMAN, *ADR and Adjudication in Construction Disputes*, Oxford, 1999; D. HOLLAND, “Amicable Dispute Resolution (A.D.R.) Prodesures”, *ICLR*, 1990, pp. 453 y ss.; R. HORSFALL TURNER, “Avoidance and Resolution of Construction Disputes. Prior to and during the Construction Process”, *ICLR*, 1994, pp. 383 y ss.; D. LEWIS, “Disputes Resolution in the New Hong Kong International Airport Core Programme Projects”, *ICLR*, 1993, pp. 76 y ss.; *id.*, “Disputes Resolution in the New Hong Kong International Airport Core Programme Projects-Part 2”, *ICLR*, 1994, pp. 25 y ss.; *id.*, “Dispute Resolution in the New Hong Kong International Airport Core Programme Projects-Part 3”, *ICLR*, 1995, pp. 131 y ss.; K. MAKIE/D. MILES, *Commercial Dispute-Resolution. An ADR Practice Guide*, London, 1996; R.G. TAYLOR/B.HINKLE, “How to use ADR Clauses with Standard Form Construction Industry Contracts”, *ICLR*, 1996, pp. 56 y ss.; B. J. THOMPSON, “Canadian Crown Corporation Embraces Alternative Dispute Resolution”, *ICLR*, 1991, pp. 28 y ss.

regla general, la intervención de un tercero imparcial cuya principal misión es la de ayudar a las partes a resolver sus controversias, facilitando en la medida de lo posible la negociación entre ellas²⁰⁷.

216. Por otra parte, conviene señalar que los procedimientos alternativos de resolución de litigios no sustituyen, en ningún caso, a los medios tradicionales de resolución de controversias sino que, mas bien se complementan. La presencia de unos y otros en un mismo contrato implica, simplemente, un arreglo de diferencias estructurado en distintas fases sucesivas cuyos principales polos extremos son: la *negociación directa* entre las partes y el recurso al arbitraje o, en su caso, a los tribunales estatales²⁰⁸.

217. Si se tiene en cuenta que de los contratos internacionales de construcción, especialmente durante su ejecución, se derivan un considerable número de litigios, resulta cuanto menos lógico que las partes, como paso previo a cualquier otro mecanismo de arreglo de diferencias, intenten llegar a una solución negociada sin intervención de terceros. Sin embargo, en la práctica, se observa que con relativa frecuencia la diferente percepción que sobre los hechos tiene cada una de ellas, así como la desconfianza mutua que se profesan e, incluso, sus diferentes expectativas, impiden alcanzar un acuerdo. De ahí, que generalmente se prevea en el contrato el recurso a uno o a varios procedimientos alternativos de resolución de litigios²⁰⁹.

2. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos y contratos internacionales de construcción

218. Los ADR más utilizados en el ámbito de los contratos internacionales de construcción, son, entre otros: El *Partnering*; la mediación; los denominados «*mini-trials*»; el peritaje técnico internacional y los *Disputes Review Boards*²¹⁰.

A) El Partnering

219. Mas que un procedimiento de resolución de conflictos, el *Partnering* es un mecanismo de prevención de diferencias. Ha sido, precisamente, esta voluntad común de las partes implicadas en la realización de un proyecto de construcción de establecer un *modus vivendi* aceptable para todas ellas durante la ejecución del contrato, la que ha originado en Estados Unidos el surgimiento de esta nueva técnica.

220. Considerado en el sector de la construcción como un instrumento de gestión, a través del *Partnering* las partes implicadas en la realización de un proyecto, ya, desde sus primeras fases, organizan una planificación de los trabajos a desarrollar tanto individualmente como en equipo; determinan los objetivos comunes que deben ser alcanzados y se comprometen a desarrollarlos, estableciendo con tal fin controles periódicos. Basado en la confianza, en el trabajo en equipo y en la cooperación, previene los litigios, crea vínculos entre las partes y facilita la ejecución satisfactoria del proyecto. En cualquier caso, y ante el surgimiento de diferencias, en este contexto, se tiende a la utilización de ADR, especialmente la negociación y la mediación.

221. El *Partnering* encuentra en los contratos de construcción de larga duración, como los contratos «llave en mano», uno de sus principales ámbitos objetivos de aplicación, en tanto que en ellos, el

²⁰⁷ Vid. *ad ex.*, E. CARROL/G. DIXON, "Alternative Dispute Resolution...", pp. 437-439; D. HOLLAND, "Amicable Dispute Resolution...", pp. 453-455.

²⁰⁸ Vid. D. BROWN-BERSET/M. SCHERER, "Les modes alternatifs de règlement des différends dans le domaine de la construction", *Journées Suisses du Droit de la Construction*, 2007, pp. 263-287.

²⁰⁹ Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 271 y 272; J. J. MYERS, «Could Arbitration...», p. 317.

²¹⁰ Vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción", en L. GARCÍA VILLALUENGA/J. L. TOMILLO URBINA/E. VÁZQUEZ DE CASTRO/C. FERNÁNDEZ CANALES (coord.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, vol. 2, *Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, 2010, pp. 205-222.

trabajo en equipo entre el cliente y el contratista elaborando planos, programas y presupuestos así como desarrollando investigaciones conjuntas, puede dar lugar a resultados más eficaces y eficientes²¹¹.

B) La mediación

222. La *mediación* es un procedimiento contractual de resolución de litigios que permite a las partes designar a un tercero independiente, neutral y debidamente cualificado según la naturaleza del litigio, para que les ayude a alcanzar una solución negociada de sus diferencias. La función principal del conciliador o mediador, a diferencia del árbitro, no es la de dirimir los litigios que surjan entre las partes sino la de ayudar a las partes a alcanzar una solución aceptable para todos los interesados utilizando, para ello, todos los medios a su alcance, ya sea socavando información, ya desmantelando expectativas irrealistas o persuadiendo a las partes para que dirijan sus intereses hacia posturas menos emotivas. De ahí que se inicie, generalmente, con una reunión conjunta a la que siguen una serie de encuentros privados entre el mediador y cada una de las partes. Se trata, por tanto, de un procedimiento informal, flexible, rápido y de bajos costes, especialmente adecuado a la resolución de los litigios que se derivan de los contratos internacionales de construcción. Además, incluso en aquellos casos en los que no sea posible llegar a un acuerdo, los esfuerzos realizados no habrán sido en vano pues éstos podrán servir para simplificar o facilitar procedimientos posteriores²¹².

223. En la práctica, es habitual que los contratos que prevén este mecanismo de resolución no jurisdiccional de litigios remitan su regulación, de forma expresa, a los Reglamentos que sobre mediación han elaborado algunas instituciones permanentes de arbitraje como la AAA²¹³.

C) Los «mini-trials»

224. Los denominados «*mini-trials*» son otro mecanismo alternativo de resolución de diferencias, de origen norteamericano, de naturaleza contractual, más formal que el anterior y que, pese a su designación, no implican la intervención de un juez o jurado.

225. En este tipo de procedimientos, los abogados o consejeros de cada una de las partes, una vez estudiada la posición de sus respectivos clientes, hacen una breve exposición de la cuestión controvertida en presencia de los representantes de cada una de las partes -generalmente, personal ejecutivo

²¹¹ Vid. L. L. ANDERSON JR./B. POLKINGHOORN, "Managing Conflict in Construction Megaprojects: Leadership and Third-Party Principles", *Conflict Resolution Quarterly*, 2008; pp. 167-198; M. BRESNEN/N. MARSHALL, "Partnering in construction: a critical review of issues, problems and dilemmas", *Construction Management and Economics*, 2000; 229-237; A.H. GAEDE JR., "Partnering: Preventing and Managing Claims", *ICLR*, 1995, pp. 80 y ss., esp. pp. 76-80; SH. NAOUM, "An overview into the concept of partnering", *International Journal of Project Management*, 2003, pp. 71-76; R. TAYLOR/B. HINKLE, "How to use ADR Clauses...", pp. 57-59.

²¹² Vid. J. J. ALFINI/S. B. PRESS/J.R. STERNLIGHT/J.B. STRULBERG, *Mediation Theory and Practice*, 2ª ed., San Francisco, 2006, pp. 107-140; L. BOULLE/M. NESIC, *Mediation. Principles Process Practice*, London/Dublin/Edinburg, 2001, pp. 315-319; CH. BUHRING-UHLE, *Arbitration and Mediation in International Business*, Den Haag, 1996; E. CARROL/G. DIXON, "Alternative Dispute Resolution...", p. 440; R. COULSON, "Dispute Management...", pp. 133 y 134; L. L. FULLER, "Mediation-Its Forms and Functions", en C. MENKEL-MEADOW (ed.), *Mediation. Theory, Policy and Practice*, Aldershot/Burlington USA/Singapore/Sydney, 2001, pp. 3-37; D. E. HOLLANDS, "Amicable Dispute Resolution...", pp. 454-457; C. MACHO GÓMEZ, *La mediación como método alternativo de resolución de conflictos en el comercio internacional*, Tesis Doctoral, Universidad de Cantabria, Santander, 2013; J. J. MYERS, "Could Arbitration...", p. 317; *id.*, "Resolving Disputes...", pp. 430 y 431; A. J. STITT, *Mediation. A Practical Guide*, London, 2004; R. TAYLOR/B. HINKLE, "How to use ADR Clauses...", pp. 60 y 61; J. TYRRIL, "Conciliation and Mediation of International Commercial Disputes. The Lawyer's Roles", *ICLR*, 1992, pp. 351 y ss.; W. VON KUMERG, "The Future for Mediation in Europe", *Arbitration*, vol. 72, nº 1, 2006, pp. 62-65. Sobre la mediación, en general, y sus diferencias con el arbitraje internacional, *vid.*, *ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982, pp. 11 y 12; G. HERRMANN, "La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends", *Rev. arb.*, 1985, pp. 343 y ss.; E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution a l'étude du non droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, 1980; B. OPPETIT, «Arbitrage, médiation et conciliation», *Rev. arb.*, 1984, pp. 307 y ss.

²¹³ Vid. AAA (American Arbitration Association), *Construction Industry Arbitration Rules and Mediation Procedures*, texto reformado y en vigor desde el 1 de octubre de 2009. Dicho Reglamento se encuentra disponible en: http://_

(*Senior Management Officer* o *Senior Executives*)-. Una vez hecha la exposición del caso, estos últimos, que son los que realmente tienen la autoridad para resolver el litigio, se reúnen, ya, sin presencia de los abogados con la intención de buscar una solución adecuada al problema que les enfrenta. También interviene, generalmente, en este tipo de procedimientos un tercero neutral (*advisor*) cuya misión es la de ayudar en las negociaciones y, en caso de no llegarse a un acuerdo, la de emitir una decisión no vinculante para las partes²¹⁴.

226. A diferencia de la mediación, que se basa en la idea de que un tercero imparcial asista a las partes en la resolución de sus litigios, la filosofía que inspira al *mini-trial* es que las partes resuelvan sus problemas a través de sus representantes ejecutivos, personas especialmente preparadas para entablar negociaciones una vez localizados los puntos fuertes y débiles del contrincante. Los *mini-trials*, que son procedimientos de corta duración -de dos a tres meses, dependiendo de la dificultad del litigio-, flexibles e informales, presentan una ventaja añadida: la de ofrecer verdaderas soluciones comerciales, incluso, a problemas estrictamente legales.

D) El peritaje técnico internacional

227. Otro procedimiento de resolución no jurisdiccional de litigios, casi siempre presente en sus distintas modalidades en los contratos internacionales de construcción, es el peritaje. A través de él, las partes acuerdan contractualmente someter las diferencias, en principio, de carácter técnico a la opinión cualificada, aunque no necesariamente vinculante, de un experto o perito.

228. El hecho de que la mayor parte de los litigios que surgen durante la ejecución de los contratos internacionales de construcción encuentre su origen en una dificultad técnica, justifica, por sí, el importante papel que está llamado a desempeñar el peritaje en este tipo de contratos. Afirmación ésta que adquiere mayor firmeza, si se tiene en cuenta que el peritaje ofrece a las partes la posibilidad de obtener una solución rápida y debidamente cualificada de las dificultades técnicas justo en el momento en el que éstas tienen lugar sin que, ello, altere el curso normal de las obras y, en caso de resultar infructuoso, ofrece a las partes la ventaja de contar con una constatación de los hechos que podrá ser utilizada como prueba en un procedimiento posterior²¹⁵.

229. La mayor parte de los litigios que se derivan de los contratos internacionales de construcción tienen su origen en un problema de carácter técnico. Éstos, generalmente, giran en torno a la calidad de las maquinarias y materiales suministrados por el contratista, su conformidad o no con las especificaciones técnicas e, incluso también, sobre la capacidad productiva de la planta industrial. En cualquier caso, todos ellos requieren, por el momento en el que tienen lugar -durante la ejecución del contrato, la recepción de las obras o el periodo de garantía-, una solución que, cuanto menos, sea rápida y eficaz. De ahí que en este tipo de contratos, al igual que en otros del comercio internacional como los contratos de suministro de materias primas o los de cooperación industrial, el *peritaje internacional*, -mecanismo contractual a través del cual las partes designan a un experto neutral e independiente para que emita una opinión cualificada que, si bien, no tiene porque ser, en un principio necesariamente vin-

²¹⁴ Como mecanismo alternativo de resolución de litigios, el *mini-trial* fue utilizado por primera vez en los Estados Unidos, concretamente, en 1977 para resolver un contencioso en materia de patentes. Desde entonces, se ha extendido a otras áreas del comercio nacional e internacional -construcción, transferencia de tecnología, *anti-trust*, contratos de obras públicas-. Sobre los denominados *mini-trials*, vid. E. CARROL/G. DIXON, "Alternative Dispute Resolution...", pp. 439 y 440; D. A. DOUGLAS, "Mini-trial of Construction Disputes", *ICLR*, 1994, pp. 442 y ss.; D. A. HENDERSON, "Mini-trial of Construction Disputes", *ICLR*, 1994, pp. 442 y ss., esp. pp. 443 y 444; J. J. MYERS, "Could Arbitration...", pp. 317 y 318; *íd.*, "Resolving Disputes...", p. 431; R. G. TAYLOR/B. HINKLE, "How to use ADR Clauses...", p. 63.

²¹⁵ Vid. J.-F. BOURQUE, «L'expérience du Centre International d'Expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale», *Rev. arb.*, 1995, pp. 231 y ss.; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 10 y 11; Y. DERAIS, «Expertise technique et référé arbitral», *Rev. arb.*, 1982, pp. 239 y ss.; H. M. HOLTZMANN, «Use of impartial technical experts to resolve engineering and other technological disputes before arbitration», en *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 233 y ss., esp. pp. 236 y 237; L. KOPELMANAS, «Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international», *Rev. arb.*, 1979, pp. 205 y ss.

culante, constituye en última instancia un elemento esencial de prueba-, esté llamado a desempeñar un papel determinante y esencial en la resolución de esta clase de controversias²¹⁶.

230. Aunque el peritaje técnico puede tener lugar tanto fuera como dentro del procedimiento arbitral -en el primer caso, se habla de *peritaje pre-arbitral* y en el segundo, de *peritaje arbitral*-, lo cierto es que éste último presenta determinados inconvenientes²¹⁷. De ellos, el principal es que la intervención de los peritos durante el procedimiento arbitral, por el momento en el que tiene lugar -generalmente, mucho tiempo después del nacimiento de la diferencia técnica-, hace que la mayoría de la veces resulte ineficaz. De tal forma que, cuando se recurre a los expertos para que emitan su opinión sobre los hechos que originaron la controversia entre las partes, puede resultar muy difícil, por no decir imposible, llevar a cabo una verificación, constatación y comprobación de los mismos. Así, por ejemplo, si en un contrato que tiene por objeto la construcción y entrega de una planta industrial, se incumplen las garantías de rendimiento, las consecuencias del tiempo transcurrido desde que tiene lugar la recepción de la fábrica hasta que durante el procedimiento arbitral son nombrados los peritos, se reducen, básicamente, a dos: o se continúa con la explotación de la planta en bajas condiciones o se paraliza la producción. Tanto en uno como en otro caso, la fábrica sufre un deterioro con respecto al estado inicial en el que fue entregada siendo, entonces, muy difícil para los expertos indagar, verificar y constatar los hechos causantes del incumplimiento con el fin de depurar responsabilidades.

231. Pero es que, además, este lapso de tiempo puede ser utilizado favorablemente por la parte interesada para imputar los problemas técnicos a causas posteriores y distintas, cuya responsabilidad corresponde al otro contratante. Así, por ejemplo, el contratista podría alegar utilización incorrecta o mantenimiento inadecuado de la instalación y el cliente, por su parte, podría intentar eximirse de su responsabilidad alegando calidad defectuosa de los materiales y maquinarias o de las prestaciones suministradas por el contratista²¹⁸.

232. De ahí que en los contratos internacionales de construcción sea muy útil y conveniente incluir una cláusula de *peritaje pre-arbitral*, en la que las partes acuerden recurrir a un perito o a una persona cualificada, neutral e independiente, aunque sólo sea a los simples efectos de comprobar y constatar los hechos que hacen nacer la diferencia justo en el momento en el que éstos tienen lugar, ya sea durante la ejecución del contrato, durante la recepción de las obras, o durante el periodo de garantía. Las ventajas del peritaje en este tipo de contratos son indiscutibles: por una parte, contribuye a disminuir las situaciones litigiosas de carácter técnico entre las partes favoreciendo, la mayoría de las veces, una solución amistosa, y por otra, puede llegar a facilitar en un momento posterior -en caso, por ejemplo, de que el litigio llegue a arbitraje- la administración de la prueba²¹⁹.

233. El peritaje pre-arbitral plantea, sin embargo, dos dificultades: de un lado, la falta de acuerdo de las partes respecto a la designación del perito y de otro, el valor jurídico de las decisiones emitidas

²¹⁶ Vid., *ad ex.*, W. ALLEN/J. ANDERON, «Expert Evidence in Construction Litigation», *ICLR*, 1986, pp. 247 y ss.; J.-F. BOURQUE, «L'expérience du Centre international d'expertise de la CCI...», pp. 231 y ss.; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 10 y 11; Y. DERAIS, «Expertise technique...», pp. 239 y ss.; B. VON HOFFMANN, «Verfahren zur Klärung komplexer tatsächlicher Streitigkeiten. (Sachverständige zu technischen, betriebswirtschaftlichen und Bewertungsfragen)», en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung... (II)*, pp. 111 y ss.; H. M. HOLTZMANN, «Use of Impartial Technical Experts...», pp. 233 y ss.; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 259-264; L. KOPELMANAS, «Le rôle de l'expertise...», pp. 205 y ss.

²¹⁷ La intervención de peritos durante el procedimiento arbitral, ya sea por designación del Tribunal arbitral, ya sea en calidad de testigos presentados por las partes constituye una práctica habitual, tal y como lo demuestra el hecho de que los principales Reglamentos de arbitraje comercial internacional así lo prevean. Vid., *ad ex.*, los arts. 14.2 y 20.2 y los arts. 11 y 14.1 del Reglamento de arbitraje de la CCI; art. 27 del Reglamento de la CNUDCI; arts. 11 y 12, del Reglamento de la Corte internacional de arbitraje de Londres (LCIA); art. 23.4 del Reglamento de arbitraje internacional de la Asociación americana de arbitraje (AAA).

²¹⁸ Vid. Y. DERAIS, «Expertise technique...», pp. 240-242; H. M. HOLTZMANN, «Use of impartial technical experts...», p. 237; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 260 y 261; L. KOPELMANAS, «Le rôle de l'expertise...», pp. 206 y 207.

²¹⁹ Vid. Y. DERAIS, «Expertise technique...», p. 242; L. KOPELMANAS, «Le rôle de l'expertise...», pp. 211 y 212.

por el mismo. La primera de ellas puede superarse fácilmente a través de una disposición contractual que prevea, con el fin de efectuar tal designación, el recurso a una institución permanente de arbitraje que cuente con listas de expertos -como es el caso de la AAA²²⁰-, o a un centro especializado en peritaje internacional, -caso, por ejemplo, del *Centro Internacional de Peritaje* de la CCI, que cuenta con una significativa experiencia no sólo en la designación de expertos sino también en la gestión y organización de este tipo de procedimientos²²¹-.

234. El *Centro Internacional de Peritaje* de la CCI, tal y como se desprende del art.1 de su nuevo Reglamento, cumple dos funciones: por una parte, propone expertos a instancia de cualquier persona, ya sea parte(s) contratante(s), árbitro o tribunal estatal, (*propositions d'expert*) y por otra, nombra expertos cuando así lo hayan previsto las partes en una cláusula contractual (*nominations d'expert*)²²². En el segundo supuesto, tanto la designación del perito por parte del Centro como el desarrollo del procedimiento conforme a su Reglamento encuentran su fundamento en un acuerdo contractual. En éste, es conveniente, además, que las partes, entre otros aspectos, delimiten las cuestiones que pueden ser sometidas a la opinión del perito; que precisen sus competencias mencionando, en este sentido, si éste está capacitado para hacer recomendaciones a las partes o, simplemente, ha de limitarse a efectuar las constataciones que le sean solicitadas; y finalmente, que especifiquen el efecto, vinculante o no, de sus decisiones²²³. Aspecto, este último, de especial importancia si se tiene en cuenta que, tal y como establece el artículo 12.3 del Reglamento, salvo estipulación contraria las decisiones del perito no producen un efecto obligatorio entre las partes.

235. Si bien es cierto que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el valor o la eficacia obligatoria del informe del perito depende en última instancia de la voluntad de las partes, no lo es menos que éste posee un importante valor probatorio. En determinadas ocasiones, el informe pericial será el principal elemento de apreciación técnica tras la desaparición de otros elementos probatorios. Es difícil imaginar que los árbitros, independientemente de que nombren a otros peritos durante el procedimiento arbitral, menosprecien la opinión de un experto que se forjó justo en el momento en el que surgieron las dificultades técnicas²²⁴.

²²⁰ En Estados Unidos, al igual que en Inglaterra, es práctica habitual, que los árbitros sean técnicos especializados en la materia litigiosa. De ahí que instituciones de arbitraje como la AAA -*American Arbitration Association*- cuenten con listas de expertos con conocimientos en una gran variedad de campos, especialmente capacitados para intervenir también como peritos. Vid. H. M. HOLTZMANN, "Use of Impartial Technical Experts...", pp. 242 y 423.

²²¹ En la potenciación del recurso al peritaje pre-arbitral ha jugado un importante papel la CCI, que consciente de los problemas que suscitaban en determinados contratos, como los de construcción de grandes plantas industriales, la resolución de litigios de naturaleza técnica, creó en 1976 un *Centro internacional de peritaje* con el fin de ofrecer a los comerciantes un instrumento para resolver y agilizar este tipo de diferencias. Al mismo tiempo, se elaboró un Reglamento -*Règlement et clause type d'expertise technique* (publicación CCI, n° 307 diciembre de 1976)- para regular su procedimiento (Vid. Y. DERAIS, "Expertise technique...", pp. 239 y ss., esp. p.242; O. GLOSSNER, "Technisches Sachverständigengutachten", *Betriebs-Berater*, 1977, pp. 678 y ss.; L. KOPELMANAS, "Le rôle de l'expertise...", pp. 212-216; *id.*, "Le Règlement d'expertise technique de la CCI", *Dr. prat. com. int.*, 1977, pp. 417 y ss.; F. NICKLISCH, "Instrumente der Internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit zur konfliktregelung bei Langzeitverträgen", *RIW*, 1978, pp. 663 y ss.). Este Reglamento ha sido modificado, en el año 2003, y sustituido por el nuevo *Règlement d'expertise* de la CCI (dicho texto puede consultarse en: <http://www.iccwbo.org>).

²²² En ambos casos, la solicitud dirigida al Centro internacional de peritaje debe contener, tal y como se establece en el art. 2.2 del Reglamento: el nombre y la dirección de las partes implicadas; en su caso, una copia del acuerdo entre las partes; una indicación descriptiva de la misión del perito, así como aquellas indicaciones útiles relativas a su elección -como, por ejemplo, conocimientos técnicos requeridos, idioma del peritaje, etc...-. La elección del experto corre a cargo del Presidente del Comité del Centro (art.3). En los supuestos de proposición de expertos, la intervención de este órgano especializado finaliza una vez notificada la proposición, mientras que en los supuestos de nombramiento de expertos, que implican el desarrollo de un procedimiento, ésta no finaliza hasta que el perito remite el informe al Centro y éste, a su vez, lo notifica a las partes (arts. 5-14).

²²³ Vid. arts. 12 y 13 del Reglamento de peritaje de la CCI.

²²⁴ Vid. Y. DERAIS, «Expertise technique...», p. 242; H. M. HOLTZMANN, «Use of Impartial Technical Experts...», pp. 249 y ss.; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 264 y 265.

E) Los *Dispute Review Boards* (DRB)

236. Los denominados *Dispute Review Boards* (DRB) o *Comités de Resolución de Litigios* (CRL)²²⁵ son un ADR, de origen norteamericano, que ha sido adoptado por algunas condiciones generales y contratos-tipo de ciertas organizaciones de profesionales como la FIDIC e instituciones como el Banco Mundial. La gran difusión de la que, hasta ahora, están siendo objeto tales documentos en el tráfico mercantil internacional explica la presencia cada vez más frecuente de este mecanismo de resolución no jurisdiccional de litigios en el ámbito de la construcción internacional²²⁶.

237. Aunque en la práctica los DRB, presentan importantes diferencias, todos ellos responden a las siguientes directrices básicas y generales:

- a) Son órganos integrados generalmente por tres miembros (*Dispute Review Boards*) y, más excepcionalmente, dependiendo de las características del proyecto -dimensión, duración y complejidad técnica-, por uno sólo (*Dispute Review Expert*). En cualquier caso, ha de tratarse de personas cualificadas e independientes cuya remuneración corre a cargo del cliente y del contratista a partes iguales. Los DRB pueden quedar constituidos durante la fase de negociación del contrato, o una vez que éste se ha firmado pero, siempre, antes de que se inicie la ejecución de las obras pues una de sus principales características es la de estar presentes durante toda la realización del proyecto.
- b) Su función principal es la de resolver, todos aquellos litigios que surjan entre las partes relacionados con el contrato y con la ejecución de las obras, tales como la interpretación de las cláusulas contractuales, los retrasos, las modificaciones, las certificaciones de pago etc..., así como asesorar y aconsejar a las partes cuando lo solicite cualquiera de ellas. También debe mantenerse informado sobre el desarrollo de los trabajos, realizar visitas y mantener reuniones a pie de obra en los momentos más cruciales de la construcción con los representantes del cliente, del contratista y con el ingeniero. En estas reuniones se supervisan y, en su caso, se discuten entre otros aspectos el estado de las obras ejecutadas desde que se realizó la última visita; el estado de los presupuestos; los posibles litigios surgidos entre las partes o las soluciones propuestas²²⁷.

²²⁵ Este mecanismo de resolución no jurisdiccional de litigios que comenzó a ser utilizado a principios de los 70, en Estados Unidos, especialmente en el ámbito de la ingeniería civil -contratos de construcción de túneles, puentes y carreteras-, se difundió, posteriormente, hacia otros países y hacia otros sectores de la construcción como el de la ingeniería industrial de dónde, finalmente, ha pasado a la práctica habitual del comercio internacional. Una de las primeras veces que fue utilizado, en este último contexto, fue a principios de los 80 durante la construcción de la presa de El Cajon en Honduras. La resolución de litigios que preveía el contrato pasaba por tres fases sucesivas: un primer recurso al ingeniero, posteriormente, un recurso al CRL, cuyas decisiones no vinculaban a las partes y, finalmente, un recurso al arbitraje (*Vid.* G. LODIGIANI, "A «Claims Review Boards» as a way for an Amicable Settlement of Disputes and other Considerations on the Subject of Claims", *ICLR*, 1986, pp. 498 y ss.).

²²⁶ En 1999, la FIDIC publicó nuevas Condiciones Generales para los Contratos Internacionales de Construcción: *Conditions of Contract for Construction for building and engineering Works designed by the Employer* (Libro Rojo/The Red Book); *Conditions of Contract for Plant and Design Build for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, designed by the Contractor* (Libro Amarillo/The Yellow Book); y *Conditions of Contracts for EPC/Turnkey Projects* (Libro Plateado/The Silver Book). En 2008, la FIDIC publicó un nuevo contrato tipo: las *Conditions of Contracts for Design, Build and Operate Projects* (Libro Doreado/The Golden Book). Todas estas condiciones standard cuentan con 20 cláusulas, responden a la misma sistemática e incluyen diversas definiciones y conceptos comunes. En todos los contratos tipo de la FIDIC, se establece como ADR previo al Arbitraje, un *Dispute Adjudication Board* (cláusula 20.5). *Vid.* World Bank, *Procurement of Works: Standard Bidding Document*, Washington D.C., 2006, rev. 2007.

²²⁷ Sobre los DRB, *vid.*, *ad ex.*, D. BRACKIN, «Sub-Clause 20.5 of The Fidic Contracts and Amicable Dispute Resolution (ADR)», *I.C.L.R.*, 2006, pp. 442-449; J.-F. BOURQUE, «L'expérience du Centre international d'expertise...», pp. 243 y 244; C. CALABRESI, «Il *Dispute Board* nei contratti internazionali d'appalto», *Dir.comm. int.*, 2009, pp. 753-819; C. DERING, «Dispute Boards: It's Time to move on», *ICLR*, 2004, pp. 438-458; J. GOEDEL, «Vertragliche Regelungen...», pp. 71-77; G.-S. HÖK, «Dispute Adjudication Boards - The International or Third Dimension», *ICLR*, 2012, pp. 420-441; *id.*, «Dispute Adjudication in Civil Law Countries - Phantom or Effective Dispute Resolution Method?», *ICLR*, 2011, pp. 412-438; N. GOULD, «Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations », *ICLR*, 2012, pp. 442-478; J. HINCHEY, «Rethinking Conflict in Construction Project Delivery and Dispute Resolution », *ICLR*, 2012, pp. 29-50 ; R. HORSFALL TURNER, «Avoidance and Resolution of Construction Disputes. Prior to and during the Construction Process», *ICLR*, 1994, pp. 393 y ss.; G. L. JAYNE, «Dispute Review

238. Esta concreta modalidad de ADR que, en ningún caso, sustituye a los medios tradicionales de resolución de litigios -jurisdicción estatal y arbitraje internacional- sino que más bien los complementa, permite a las partes someter sus diferencias a un grupo de personas -generalmente, ingenieros- que por su especial preparación técnica y por su presencia constante durante toda la ejecución del proyecto, están en posición de constatar y valorar de forma rápida y precisa los hechos que hacen surgir la diferencia entre las partes, y ofrecer una solución eficaz antes de que se adopten posturas irreconciliables, y ello, sin que se altere el transcurso normal de la ejecución de las obras. Aunque las opiniones del DRB no tienen porque ser necesariamente vinculantes ni definitivas, algo que le diferencia del arbitraje, su presencia disminuye el número de diferencias surgidas entre las partes. La práctica de los contratos internacionales de construcción ha demostrado, además, que la utilización de los DRB implica una reducción de costes jurisdiccionales que repercute en una disminución del precio de la oferta del contrato.

239. Como se ha indicado a lo largo de estas páginas, los contratos internacionales de construcción son contratos esencialmente complejos, no sólo por su objeto sino por el gran número de personas que intervienen en su preparación y ejecución, amén de su larga duración. Esto explica que en este concreto ámbito del comercio internacional, desde hace ya un tiempo, tal y como queda reflejado en la propia evolución de los contratos tipo más utilizados en este sector, -las Condiciones FIDIC-, se hayan introducido con carácter previo al arbitraje comercial internacional, procedimientos alternativos de resolución de litigios.

240. Con los ADR se persigue ante todo una resolución ágil, rápida y eficaz de las desavenencias entre las partes que perjudique lo menos posible el transcurso de las obras y contribuya a fortalecer las relaciones comerciales entre las partes que intervienen en la ejecución de un proyecto de construcción, entre ellas, generalmente, un Estado.

241. En este tipo de contratos la resolución de litigios se caracteriza por ser un proceso escalonado (*multi-step process*), de tal forma que una vez surgido un problema técnico o jurídico entre las partes, éstas deben intentar llegar a un acuerdo utilizando alguna modalidad de ADR o varias de ellas, como requisito *sine qua non* antes de recurrir al arbitraje.

242. El recurso cada vez más frecuente a los ADR en los contratos internacionales de construcción explica que nos encontremos actualmente en una fase de surgimiento de nuevos problemas jurídicos generada por la propia aplicación de estos mecanismos en la práctica comercial²²⁸.

V. Determinación del Derecho aplicable al contrato

1. Consideraciones generales

243. Aunque en la práctica de los contratos internacionales de construcción, existe una acentuada tendencia a elaborar contratos excesivamente detallados, lo más habitual es que, aún así, las partes, teniendo en cuenta los problemas jurídicos y económicos que de ellos se derivan, prevean en su contrato la aplicación de un Derecho determinado, ya sea el del país del cliente, -caso frecuente

Boards-Yes!", *ICLR*, 1993, pp. 452 y ss.; *id.*, "Dispute Review Boards: The World Bank is aboard", *ICLR*, 1996, pp. 17 y ss.; J. JENKINS, "Contract Structure and Risk Allocation in Major Infrastructure Projects", *ICLR*, 1993, pp. 495 y ss.; R. KNUTSON, "Disputes Provisions. Recent Developments at FIDIC and the World Bank", *ICLR*, 1996, pp. 174 y ss.; A. PIKE, "Disputes Review Boards-Yes!. A Review", *ICLR*, 1993, pp. 467 y ss.; O. SOIMULESCU, "Enforcement of Binding DAB Decisions: A fresh Approach to Clause 20 of the 1999 FIDIC Conditions of Contract", *ICLR*, 2012, pp. 19-28; CH. STUBBE, "Making Dispute Boards better with the 'one plus one' model", *ICLR*, 2013, pp. 4-15; R.G. TAYLOR/B.HINKLE, "How to use ADR Clauses...", pp. 61 y 62.

²²⁸ *Vid.* CH. DERING, "Dispute Boards: It's time to move on", *ICLR*, 2004, pp. 438-458; O. NISJA, "The Engineer in International Construction: Agent? Mediator? Adjudicator?", *ICLR*, 2004, pp. 230-249; CH. SEPPALA, "The Arbitration Clause in FIDIC Contracts for Major Works", *ICLR*, 2005, pp. 4-15.

cuando éste es un Estado-, ya el del país del establecimiento principal del contratista, ya el de un tercer Estado. Sin embargo, las cláusulas de Derecho aplicable que se incluyen en estos contratos no están exentas de dificultades, especialmente, cuando en ellos interviene como parte contratante un Estado o establecimiento público.

244. Pero la cuestión principal que, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, plantean los contratos internacionales de construcción es, sin lugar a dudas, la determinación del ordenamiento jurídico aplicable en defecto de elección por las partes²²⁹.

245. En este contexto, el problema de la determinación del Derecho objetivamente aplicable en defecto de elección por las partes, gira, principalmente, en torno a la elección del punto de conexión, pues son dos los criterios entre los que se debate la escasa doctrina legal: el lugar dónde está situada la obra y el lugar del establecimiento principal del contratista.

2. Derecho designado por la voluntad de las partes

246. En materia de contratación internacional en general, la mayor parte de los sistemas estatales de Derecho internacional privado admiten el principio de la autonomía de la voluntad, esto es, reconocen a las partes la facultad de designar el Derecho aplicable a su relación contractual. La aceptación unánime de este principio encuentra su justificación, esencialmente, en las siguientes razones: satisface los intereses inmediatos de los comerciantes, en tanto que les permite conocer con previsibilidad y certeza el Derecho que regirá su contrato; favorece la contratación internacional pues ofrece a los contratantes la posibilidad de adaptarse a las propias necesidades del tráfico, eligiendo la ley que consideren más apropiada para regular sus obligaciones contractuales, -por ejemplo, por su tecnicidad-, buscar un ordenamiento neutral o uniformar el régimen contractual de su empresa; y finalmente, en la medida en que este principio permite una solución de alcance universal, proporciona al contrato seguridad jurídica²³⁰. Son, en definitiva, las propias necesidades del comercio internacional las que justifican la importante función atribuida a la voluntad individual (*autonomía conflictual*) en el Derecho internacional privado.

247. En la actualidad, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos han optado por adoptar *sistemas de concepción dualista* que, en su formulación más sincrética, reconocen el principio de autonomía de la voluntad cuando existe una voluntad expresa o implícita de las partes respecto al Derecho aplicable al contrato y, en defecto de elección, localizan objetivamente el contrato a través de criterios subsidiarios de conexión. Tal es el caso del Reglamento (CE) 593/2008 de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como «Reglamento Roma I». Este Reglamen-

²²⁹ Vid. PH. BRITTON, "The Right Law for Construction?, Choice of Law and European Reform", *ICLR*, 2008, pp. 347-397; *id.*, "The Right Law for Construction?, Choice of Law and European Reform: Update", *ICLR*, 2008, pp. 518-521; *id.*, "Oxalic ACID and the Applicable Law: The Rome Convention", *ICLR*, 2003, pp. 381-400; D. CHARRET, "The Use of the UNIDROIT Principles in International Construction Contracts", *ICLR*, 2013, pp. 507-526; R. H. CHRISTIE, "The Law Governing and International Construction Contract", *ICLR*, 2007, pp. 343-465; K. COUNTER, "The Law applicable to international Construction Contracts", *ICLR*, 1984, pp. 309 y ss.; V. DELAPORTE, "La détermination du droit applicable au contrat d'ouvrage clé en main", *Rev. jur. pol. indep. coop.*, 1988, pp. 755 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 527-627; TH. HASSLER, *Les contrats de construction...*, pp. 609-616; J.-P. RÉMERY, "Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d'immeuble", *DS*, 1985, pp. 255 y ss.; A. SARAVALLE, "Conflitti di leggi nei contratti internazionali di costruzione", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, pp. 895 y ss., esp. p. 896; CH. WIEGAND, "The applicable substantive law in the case of international construction contracts. The application to contracts for the export of constructions in private international law", en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung...*, pp. 89 y ss.

²³⁰ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales (I)", en A.-L. CALVO CARAVACA y otros, *Derecho internacional privado II*, 14ª ed., Granada, 2013, pp. 651-845; O. LANDO, "International situations and situations involving a choice between the Laws of different legal systems", en K. LIPSTEIN (ed.), *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, London, 1978, pp. 15 y ss., esp. p. 18; P. MAYER, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, 1994, p. 406; M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales", en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5ª ed., Madrid, 1993, pp. 195 y ss., esp. pp. 203 y 204.

to que constituye el epicentro del Derecho contractual europeo, obliga y se aplica a todos los Estados miembros de la UE, a excepción de Dinamarca²³¹.

248. En el Reglamento Roma I, el primer punto de conexión para determinar el Derecho aplicable al contrato (*Lex Contractus*) es la autonomía de la voluntad conflictual (art. 3.1 RR-I). Ahora bien, para que la elección de la Ley del contrato sea válida, debe cumplir con una serie de requisitos: 1º) la elección de Ley debe ser clara e inequívoca, cierta y no presunta; 2º) La Ley elegida debe ser la Ley de un Estado; 3º) el pacto en virtud del cual las partes eligen el Derecho aplicable al contrato ha de ser válido en cuanto a la capacidad, fondo y forma.

249. En el ámbito de los contratos internacionales de construcción, el importante papel desempeñado por el poder autonormativo de los particulares, cristalizado en contratos-tipo y condiciones generales tanto de asociaciones profesionales como de organizaciones internacionales, ha hecho surgir en el comercio internacional un verdadero núcleo de usos en esta materia. Este hecho unido a la inadecuada legislación existente en los distintos sistemas nacionales y la complejidad inherente a este tipo de contratos cuyo máximo exponente son los contratos «llave en mano», conduce a cuestionarse si, en ellos, las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad han de elegir necesariamente un ordenamiento jurídico estatal o si, por el contrario, es posible que éstas designen un Derecho no estatal, principalmente pero no exclusivamente la *Lex Mercatoria*, o que, incluso, habiendo otorgado una regulación detallada al contrato en todos sus extremos, opten por excluir toda referencia a un Derecho estatal.

250. Este último supuesto, el de los denominados *contratos sin ley*²³², sometidos exclusivamente a la voluntad de las partes, resulta incompatible con el análisis conflictual de la autonomía de la voluntad. La hipótesis de los contratos sin ley o contratos autosuficientes regulados en todos sus aspectos conduce a defender, como ya lo hiciese en su momento el subjetivismo puro, algo inadmisibles desde el punto de vista jurídico: que el contrato recibe su fuerza obligatoria de la propia voluntad de las partes. La imposibilidad de los contratos sin ley se deduce con claridad del artículo 3.1 del Reglamento Roma I que establece que se aplicará a los contratos la «ley» a la que las partes hayan decidido someterse. Además, aunque en la práctica se elaboraren, siguiendo una tradición del *Common Law*, contratos muy detallados en todos sus aspectos, es casi inevitable la existencia de lagunas o de determinados aspectos, como, por ejemplo, la responsabilidad legal del contratista o la prescripción de las acciones, que requieren el sustento de una ley estatal²³³.

251. También, es habitual en la práctica del comercio internacional que en los contratos se incluyan cláusulas que remiten a la aplicación de un sistema normativo distinto al Derecho estatal, como el Derecho internacional, los principios generales del Derecho o los usos del comercio internacional o de un sector concreto del mismo. Esta realidad conduce a cuestionarse si es posible que las partes, sobre la base de una norma de conflicto estatal, designen un ordenamiento jurídico de carácter no estatal. Este

²³¹ Sobre el Reg. Roma I, en general, *vid.*, *ad ex.*: T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *CDT*, vol. 1, n° 1, 2009, pp. 5-18; A.-L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, vol. 1, n° 2, pp. 32-133; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en ID., *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª ed., Granada, 2013, pp.651-845, esp. pp. 483-617; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; F. FERRARIS/S. LEIBE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, n° 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008-4, pp. 727-780; O. LANDO/P. A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687.1723; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

²³² Sobre los contratos sin ley, *vid.*, *ad ex.*, S. M. CARBONE, “Il «contratto senza legge» e la convenzione di Roma del 1980”, *Riv. dir. int. pr. pr.*, 1983, pp. 279 y ss.; P. LEVEL, “Le contrat dit sans lois”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1964-1966, pp. 231 y ss.; T. REIMANN, *Zur Lehre vom «rechtsordnungslosen» vertrag*, Bonn, 1970; M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones...”, pp. 217 y ss.

²³³ *Vid.* V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 284; A. SARVALLE, “Conflitti di leggi...”, p. 901.

problema se ha suscitado fundamentalmente en torno a un determinado tipo de contratos, los denominados *contratos de Estado o State Contracts*, esto es, aquellos celebrados entre un Estado y una empresa, pública o privada extranjera. El Reglamento Roma I no admite tal posibilidad. La elección por las partes ha de recaer en una ley estatal (art. 3.1)²³⁴

252. También es usual que este tipo de contratos (*State Contracts*) contenga una *cláusula de intangibilidad o estabilización (Stabilisierungs- und Versteinerungsklauseln)*, indicando que la ley elegida por las partes, -o en algunos casos, la legislación del Estado- que afecta a ciertos ámbitos contractuales que escapan a la *lex contractus* como, por ejemplo, las normas sobre control de cambios, los derechos de aduana, el Derecho del trabajo o el Derecho de sociedades-, no está sujeta a los posibles cambios legislativos operados por el legislador.

253. A través de las *cláusulas de estabilización*, el Estado se compromete expresamente a no ejercer las competencias legislativas y privilegios contractuales inherentes a su soberanía. Por tanto, estas cláusulas, también denominadas cláusulas de protección, tienden a asegurar la estabilidad del contexto jurídico en el que se ha concluido el contrato garantizando, a su vez, la estabilidad de los derechos contractuales de los inversores privados. A pesar de que todas persiguen el mismo fin, se pueden distinguir dos clases, según su objeto: las *cláusulas de intangibilidad*, que tienen como fin garantizar que el Estado parte en el contrato no altere unilateralmente los términos del mismo haciendo uso de sus prerrogativas soberanas, y las *cláusulas de estabilización* o de «gel», que tienen por objeto petrificar la legislación del Estado, tal y como ésta se encuentra, en el momento de concluir el contrato. La diferencia entre ambas estriba en el ámbito en el que opera la limitación del poder normativo del Estado: así, mientras que en las primeras, éste es simplemente contractual, en las segundas, afecta a la competencia legislativa del Estado en general.

254. Las cláusulas de estabilización en general conducen a un contrato sin Ley, a un contrato autorregulado, resultado no admitido por el Reglamento Roma I. En el supuesto de que las partes hayan congelado la Ley reguladora de su contrato, la Ley aplicable al mismo se determinará con arreglo al art. 4 RR-I, y los contenidos legales petrificados se considerarán incorporados al contrato en la medida que lo permita la verdadera *Lex Contractus*. Por el contrario, las denominadas cláusulas de intangibilidad son válidas y su infracción genera responsabilidad contractual en los términos establecidos por la *Lex Contractus*²³⁵.

3. Determinación del Derecho aplicable en ausencia de designación por las partes

255. Una de las cuestiones más problemáticas que, desde la perspectiva de Derecho internacional privado, plantean los contratos internacionales de construcción «llave en mano» es la determinación del ordenamiento jurídico rector del contrato en defecto de elección por las partes²³⁶.

256. El carácter complejo de los contratos «llave en mano», la multitud de relaciones jurídicas que subyace en ellos, y la incesante aparición de controversias durante su ejecución en un marco más que especulativo, son algunos de los aspectos que ponen de manifiesto el alcance y la importancia que

²³⁴ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales (I)”, en A.-L. CALVO CARAVACA y otros, *Derecho internacional privado II*, 14 ed., Granada, 2013, p. 715.

²³⁵ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, *op. cit.*, pp. 528-529.

²³⁶ Vid. A. SARAVALLE, “Conflitti di leggi...”, p. 896; CH. WIEGAND, “The applicable substantive law...”, p. 90. Como ya se ha indicado en páginas anteriores, en las obras generales sobre contratos internacionales de construcción, frecuentemente, se presta más atención al importante papel jugado por el poder de autoreglamentación de los particulares que a la función de la autonomía conflictual, e incluso a veces se hace caso omiso de ella. Vid., *ad ex.*, A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 367-371; J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, pp. 136 y 137; M. DUBISSON, *La négociation des marchés internationaux*, Paris, 1982; M. KURKELA, *On international construction...*; M.E. SCHNEIDER, “International Construction...”, pp. 649 y ss.; C. VACCÀ/A. FRIGNANI, “Appalto internazionale”, en A. FRIGNANI y otros, *Il Diritto del commercio internazionale*, 2ª ed., Torino, 1990, pp. 331 y ss., esp. pp. 337-343.

la determinación de la *Lex Contractus* en defecto de elección por las partes, adquiere en este concreto tipo de contratos.

257. El método conflictual no puede permanecer al margen de esta realidad como tampoco puede ignorar el hecho de que los contratos «llave en mano», paradigma más significativo de la transformación experimentada en el sector de la construcción internacional, hayan adquirido una sustantividad jurídica propia en el comercio internacional, siguiendo las exigencias de este concreto sector y alejándose de los contratos de obra regulados por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. Aunque son contratos atípicos, de ellos se deriva *un equilibrio contractual único y complejo*, intergrado por las prestaciones que asume el contratista frente al cliente de proyectar, construir y poner en funcionamiento una obra determinada a cambio de un precio, cuya regulación ha de quedar sometida, por tanto, a un ordenamiento jurídico determinado. En este sentido, y en defecto de elección por las partes, la principal cuestión que ha de resolver el Derecho internacional privado gira en torno a la localización objetiva del contrato.

A) Localización objetiva del contrato. Dos posibles puntos de conexión: *lex rei sitae* y ley del lugar de residencia del contratista

258. La doctrina se debate entre dos puntos de conexión. Así, mientras que unos consideran que los contratos de construcción deben regirse por la ley del lugar dónde está situada la obra objeto del contrato, (*lex rei sitae*)²³⁷; otros, por el contrario, basándose en la doctrina o técnica de la *prestación característica*, estiman más apropiada la ley del país dónde tiene su residencia o establecimiento principal el contratista «llave en mano»²³⁸.

a) La *lex rei sitae* o ley del lugar dónde está situado el inmueble

259. A favor de la *lex rei sitae* se esgrimen principalmente los siguientes argumentos: proporciona, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, una solución fácil, segura y previsible al problema de la determinación del Derecho aplicable en defecto de elección por las partes; ofrece, además, la posibilidad de someter a un mismo ordenamiento jurídico los contratos coligados al contrato principal; se evita la espinosa tarea de distinguir entre los aspectos reales del contrato, -sometidos generalmente a la *lex rei sitae* con independencia de cual sea la *lex contractus*-, y los aspectos contractuales; y finalmente, facilita la aplicación de las normas que, en materia de construcción, concretamente las relativas a determinados aspectos técnicos, exportación e importación, control de cambios, transferencia de tecnología, imposición, etc..., son imperativas en el Estado dónde se está realizando la obra.

260. Por otra parte, el hecho de que la *lex rei sitae* coincida con otra conexión tradicionalmente utilizada por los sistemas de Derecho internacional privado como es el lugar de ejecución del contrato, se considera determinante para afirmar la localización del contrato de construcción sobre el territorio

²³⁷ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 539; J-P. RÉMERY, “Remarques sur le conflit des lois applicables...”, pp. 255 y ss., esp. pp. 258-260. En el Derecho comparado, vid., G. KEGEL, “Die Bankgeschäfte im deutschen internationalen Privatrecht”, en *Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt*, Berlin, 1966, p. 223; H. WEITNAUER, *Der Vertragsschwerpunkt, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung*, Frankfurt, 1981, p. 178 y p. 209; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, p. 220 y ss.; H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7ª ed., t.II, Paris, 1983, p. 299; PH. FOUCHARD, “La responsabilité des constructeurs dans les relations internationales”, en *La responsabilité des constructeurs*, (Journées égyptiennes), *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. XLII, Paris, 1991, pp. 293 y ss., esp. pp. 300-307.

²³⁸ Vid. A. SARAVALLE, “Conflitti di leggi...”, pp. 908 y ss.; CH. WIEGAND, “The applicable substantive law...”, pp. 89 y ss., esp. 110 y ss. En el Derecho comparado, vid., *ad ex.*, M. FERID, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Frankfurt am Main, 1986, p. 234; CH. REITHMANN/D. MARTINY, *Internationales Privatrecht*, 5ª ed., 1996, pp. 782 y ss. y pp. 786 y 787; A. F. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, t. II, 4ª ed., Basilea, 1958, p. 714; F. VISCHER, *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., 1982, p. 180; P. MAYER, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, 1994, p. 478.

del Estado dónde está situada la obra²³⁹. Conclusión ésta que, según este sector de la doctrina, también encuentra su fundamento en la posición de poder que ostenta el cliente en la fase de adjudicación del contrato frente al contratista, y que hace muy difícil por no decir imposible la aplicación de otro ordenamiento jurídico que no sea aquel impuesto por el cliente, -generalmente, el del país dónde va a ser ejecutada la obra-²⁴⁰.

261. Esta solución que, tradicionalmente, ha contado con el apoyo de la doctrina²⁴¹ y la jurisprudencia francesa²⁴², ha sido también acogida por los sistemas de Derecho internacional privado de algunos países como Hungría y Austria²⁴³.

262. No obstante, resulta cuanto menos significativo que ni el Convenio de Roma, como veremos seguidamente, ni los sistemas de Derecho internacional privado más recientes, sigan o adopten este criterio, y hayan optado, en su lugar, por la ley del país en que la parte que debe realizar la prestación característica tiene su residencia habitual o su establecimiento principal, en este caso concreto, la ley del país del contratista «llave en mano».

263. Si bien es cierto que la *lex rei sitae*, proporciona una solución fácil, segura y previsible al problema de la determinación del Derecho aplicable favoreciendo de esta forma el tráfico mercantil internacional, no lo es menos que la utilización de este punto de conexión en los contratos internacionales de construcción supone desconocer determinados aspectos fácticos y jurídicos que ponen en tela de juicio que el verdadero centro de gravedad del contrato se halle en el lugar dónde está situada la obra. De estos aspectos, llaman la atención entre otros: la posición de poder fáctico que ostenta el contratista «llave en mano» frente al cliente tanto en la fase de adjudicación como en la fase de ejecución del contrato, -algo que está íntimamente vinculado con la elaboración del proyecto por parte del contratista y la tecnología que en éste está implicada-; la ejecución del contrato en lugares distintos a aquel dónde está situada la obra; o la diversidad de prestaciones que junto a la construcción asume el contratista frente al cliente.

264. Además, los defensores de la *lex rei sitae* olvidan que los contratos de construcción no tienen por objeto directo la constitución, modificación, o extinción de un derecho real o sobre un bien inmueble. De ahí que, en estos contratos a diferencia de otros con transcendencia real, no esté justificado el recurso a la *lex rei sitae* para evitar los problemas que se derivan de la interferencia entre el estatuto real y el estatuto contractual, puesto que en los contratos de construcción el estatuto real se limita a informar cuándo tiene lugar la transferencia de la propiedad de la obra del contratista al cliente. Algo que, por lo demás, tiene lugar generalmente sin que medie un acuerdo entre las partes, a través de la incorporación de los materiales a la obra.

b) La ley del lugar de residencia o sede del contratista

265. Para otro sector de la doctrina, la aproximación o visión estática de los contratos internacionales de construcción a la que responde el recurso a la *lex rei sitae*, y que a efectos de la determinación del Derecho objetivamente aplicable implica centrar la atención en el momento de la recepción de la

²³⁹ Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 539; J.-P. RÉMERY, “Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction...”, pp. 258 y 259; A. SARAVALLE, “Conflitti di leggi...”, pp. 906 y 907.

²⁴⁰ Vid. CH. WIEGAND, “The applicable substantive law...”, pp. 93 y 94.

²⁴¹ Vid., *ad ex.*, H. BATTIFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, pp. 220 y ss.; H. BATTIFOL/P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, 7ª ed., Paris, 1983, p. 299; PH. FOUCHARD, “La responsabilité des constructeurs...”, pp. 300-307.

²⁴² Vid., *ad ex.*, Sentencia del Tribunal de París de 22 de noviembre de 1980, *JDI*, 1981, pp. 585 y ss. con nota de PH. KAHN; Sentencia de la Corte de Casación (Sala civil) de 26 de noviembre de 1980, *JDI*, 1981, pp. 355 y ss. con nota de PH. KAHN; y Sentencia de la Corte de Casación (Sala civil) de 15 de junio de 1982 *JDI*, 1983, pp. 602 y ss.

²⁴³ Vid. artículo 26.2 de la Ley húngara de Derecho internacional privado de 1979, que establece expresamente que para los contratos de obra o de construcción, de proyección, instalación, montaje, ejecución de obra o de fabricación de materiales, la aplicación de la ley del lugar dónde, según los términos del contrato, se desarrollen los trabajos; en similares términos se expresa el art. 42 de la Ley austríaca de 1978.

obra, no se ajusta a las condiciones en las que actualmente se desenvuelven este tipo de contratos en el comercio exterior.

266. Son varios los factores que, según este planteamiento, conducen a localizar los contratos internacionales de construcción en el país dónde tiene su establecimiento principal el contratista²⁴⁴, principalmente, los siguientes:

267. a) El *desplazamiento de la función del cliente hacia el contratista «llave en mano»*, constante ésta, en el sector de la construcción internacional en general y que se refleja en las nuevas formas de *Project Management*. Así, el contratista «llave en mano», junto a la construcción material de la obra, debe realizar análisis de los materiales, elaborar planos o *shop drawings*, mejorar el tiempo óptimo de realización de las obras a través de distintos mecanismos como los *critical path methods* (CPM), e incluso asumir obligaciones sobre financiación y seguros. La responsabilidad global que éste asume frente al cliente transfiere claramente el centro de gravedad del contrato hacia el contratista.

268. b) La *larga duración de los contratos internacionales de construcción* que, a veces, es incluso superior a tres años, unido al hecho de que el contratista no sólo se compromete a construir una obra determinada sino también a proyectarla y a ponerla en funcionamiento, conduce irremediamente a realizar una valoración o aproximación dinámica de la ejecución del contrato, y a dejar a un lado la aproximación estática que centra su atención exclusivamente en el resultado final del mismo.

Otros aspectos que avalan esta afirmación y que, por tanto, muestran la poca atención prestada al momento de recepción de la obra son, entre otros: las modificaciones que tienen lugar durante la ejecución del contrato -*variations*, fuerza mayor y *hardship*-, o el gran número de relaciones jurídicas existentes entre las diversas personas que participan en la ejecución del proyecto, y que juegan un papel determinante en la realización del mismo -como, por ejemplo, los suministradores y subcontratistas-.

269. c) El *lugar de ejecución*. Finalmente, otro factor que se aleja del lugar de construcción dónde está siendo o ha sido construida la obra, es el hecho de que gran parte del contrato se ejecute en el país del contratista o en un tercer Estado. Éste es el caso, por ejemplo, de la prefabricación y/o montaje de las maquinarias y materiales que deben ser incorporados a la obra; de la elaboración de los planos preliminares, o incluso, del mismo proyecto; o de la formación del personal local en el establecimiento principal del contratista.

270. Desde una perspectiva estrictamente conflictual, y teniendo en cuenta todos estos factores en los que se desenvuelven los contratos de construcción, se llega a la conclusión de que el criterio que mejor responde a la localización objetiva del contrato es el de la prestación característica. Así, si se analizan las obligaciones que asumen las partes contratantes en los contratos «llave en mano»,- el cliente se obliga al pago, mientras que el contratista asume una obligación global de resultado-, se observa que la prestación que desde un punto de vista económico y social caracteriza al contrato es la que corre a cargo del contratista. Ésta, además, por su complejidad es la que requerirá una mayor intervención de un determinado ordenamiento jurídico, siendo lógico y legítimo, que éste sea el del país dónde reside el contratista, y ello, sin perjuicio de que determinadas cuestiones contractuales se rijan por ciertas disposiciones del Derecho del territorio dónde se ejecutan las obras por ser éstas de carácter imperativo²⁴⁵.

271. Por otra parte, mediante este punto de conexión se favorece la *vis atractiva* de la *ley de la empresa* que opera en diversos países pues permite al contratista someter todos los contratos que celebre en otros Estados a un mismo ordenamiento jurídico. De esta forma, las empresas constructoras pueden además aplicar el Derecho que mejor conocen, que no siempre ha de ser el más beneficioso o el menos

²⁴⁴ Vid. CH. WIEGAND, "The applicable substantive law...", pp. 110-114.

²⁴⁵ Vid. A. SARAVALLE, "Conflitti di leggi...", pp. 908 y 909; J.-M. RÉMERY, "Remarques sur le conflit des lois...", pp. 259 y 260; CH. WIEGAND, "The applicable substantive law...", pp. 110-114.

riguroso. Incluso, aunque así fuese, no parece ilógico concederles este beneficio, sobre todo, si se tiene en cuenta la posición de debilidad en la que en determinadas ocasiones se encuentran los contratistas frente al cliente, especialmente, cuando éste es un ente público.

272. Éste ha sido el criterio seguido por los sistemas legales de Derecho internacional privado de diversos países, tales como Yugoslavia, Albania, Checoslovaquia y Polonia²⁴⁶.

4. Solución ofrecida por el Reglamento Roma I

273. El art. 4 Reglamento Roma I trata de primar la certeza y la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo sobre la justicia del caso concreto (Considerando 16 Reg. Roma I). A tal fin y para determinar el Derecho aplicable al contrato en defecto de elección por las partes, se suprime el principio de proximidad como regla de base del sistema. Se abandonan los puntos de conexión flexibles que necesitan ser concretados por el tribunal y que se inspiran en el mencionado principio. También desaparece, por la misma causa, el fraccionamiento judicial del contrato.

274. La nueva estructura del art. 4 Reglamento Roma I descansa sobre: a) *unas normas de conflicto especiales* para un elenco de contratos, –concretamente, ocho–, los mas comunes en la práctica comercial internacional, para los que se indica a través de puntos de conexión rígidos la determinación de una concreta ley estatal (art. 4.1 RR- I); b) *una norma general*, aplicable cuando el contrato no es subsumible en ninguna de las anteriores categorías contractuales o es subsumible en más de una de ellas, entonces el contrato se rige por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica (art. 4.2 RR-I); c) *una cláusula de excepción*, a la que solo se recurrirá si del conjunto de circunstancias se desprende *claramente* que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con otro país distinto al indicado en el art. 4.1 y art. 4.2 RR-I, en cuyo caso, el contrato se rige por la Ley de este otro país (art. 4.3 RR- I); d) *una cláusula de cierre* que entra en juego cuando el contrato no quede incluido en ninguna de las ocho categorías contractuales (art. 4.1 RR- I) y tampoco pueda determinarse en él una prestación característica (art. 4.2 RR- I), entonces el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (art. 4.4 RR- I)²⁴⁷.

275. El régimen establecido por el Reglamento Roma I no prevé regla especial alguna para los contratos internacionales de construcción de lo que, consecuentemente, se deduce *prima facie* que éstos deben quedar sometidos a la regla general basada en la prestación característica, –en este caso, la proyección, construcción y puesta en funcionamiento de una obra determinada– (art. 4.2 RR-I). Por tanto, cabe afirmar que en defecto de elección por las partes, los contratos internacionales de construcción se regirán por la ley del país en que el contratista, –parte que ha de realizar la prestación característica– tenga su residencia habitual o, más frecuentemente, su establecimiento principal²⁴⁸.

²⁴⁶ En este sentido, vid., art. 20.2 de la Ley yugoslava de 15 de julio de 1982, (texto reproducido en *Rev. crit.*, 1983, pp. 353 y ss.), que prevé para los contratos de construcción la aplicación del Derecho del Estado dónde en el momento de la oferta tenga su domicilio o su sede el empresario. Aunque no mencionen de forma expresa los contratos de construcción, el art. 18 (b) de la Ley yugoslava de 21 de noviembre de 1964; el art. 10.2/a) de la Ley checoslovaca de 4 de diciembre de 1963 y el art. 27, par. 1.2 de la Ley polaca de 12 de noviembre de 1965, prevén también para el contrato de arrendamiento de obra, la aplicación de la ley de la residencia del empresario.

²⁴⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, *op. cit.*, pp. 735-810.

²⁴⁸ Vid. en este sentido, A. SARAVALLE, “Conflitti di leggi...”, pp. 910-914; CH. WIEGAND, “The applicable substantive law...”, p. 107.